

Nature Juridique DU Gage des Créances

THÈSE POUR LE DOCTORAT
(SCIENCES JURIDIQUES)

Présentée et soutenue le 7 Décembre 1939, à 14 heures

PAR

Doru A. IMBROANE

JURY DE LA THÈSE :

Président : M. René CASSIN, Professeur

Suffragants : MM. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, Professeur
Maurice PICARD, Professeur.

PARIS

MAURICE LAVERGNE, IMPRIMEUR

289, RUE SAINT-JACQUES, 289

1939



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Nature Juridique DU Gage des Créances

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Présentée et soutenue le 7 Décembre 1939, à 14 heures

PAR

Doru A. IMBROANE

JURY DE LA THÈSE :

Président : M. René CASSIN, Professeur

Suffragants : MM. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, Professeur
Maurice PICARD, Professeur.

PARIS

MAURICE LAVERGNE, IMPRIMEUR

289, RUE SAINT-JACQUES, 289

1939

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



INTRODUCTION

1. — Cette étude est consacrée à l'analyse de la nature juridique du gage des créances. Elle a pour objet d'expliquer et de justifier en droit pur la coexistence, à l'intérieur d'une même institution juridique, de deux notions en apparence antinomiques et exclusives l'une de l'autre, à savoir : celle du gage, traditionnellement considéré comme droit réel, et celle du droit de créance.

La solution donnée à cette question par le droit positif n'est pas, à notre avis, satisfaisante. La majeure partie des législations (1) considèrent, en effet, le gage d'une créance, et nous entendons par là celui d'une *créance à personne dénommée*, comme un *droit réel* et l'assujettissent, par conséquent, au statut juridique du gage des choses corporelles.

Cette assimilation des deux espèces de gages différents suivant leurs objets, n'est pas sans conséquences fâcheuses pour le statut du gage des créances.

Ainsi, pour ne citer que quelques-unes de ces conséquences, le gage d'une créance est soumis, quant à ses éléments constitutifs, aux mêmes règles que le gage d'une chose corporelle. La remise du titre constatant la créance est impérieusement exigée aussi bien par la majeure partie de la doctrine qui s'appuie, il est vrai, sur les dispositions catégoriques de la loi positive, que par la jurisprudence. Cette exigence n'est nullement fondée en droit et elle entraîne sur le terrain pratique des résultats extrêmement gênants : les créances non-constatées par titre ne peuvent pas être engagées ; impossibilité matérielle de constituer sur une même créance plusieurs droits de gage successifs, etc.

(1) Ainsi le C. civ. franç., le C. civ. it., le B.G.B. allemand.

De même, avec la conception de la loi positive, il n'est pas possible d'accorder au créancier gagiste à l'échéance de la créance garantie un autre moyen de réalisation que celui commun à toute espèce de gage, à savoir : la mise en vente de la chose grevée. Or, le gage d'une créance offre de par sa nature un moyen de réalisation propre, éminemment spécifique et très pratique : celui de la poursuite directe du tiers débiteur, du recouvrement de la créance engagée. Ce moyen permettrait au créancier, sans aucun risque pour son débiteur, d'obtenir satisfaction sur la base de la valeur nominale de sa propre créance.

La solution de la loi positive ne se justifie pas plus en droit pur que sur le terrain pratique. Un droit réel qui porterait sur un droit de créance est une construction sans fondement juridique. Elle enfreint les principes élémentaires du droit et les remplace par d'autres, artificiels, comme celui par exemple du droit considéré comme « chose incorporelle » et susceptible en tant que tel d'être l'objet d'un autre droit. Elle ne tient pas compte non plus des caractères éminemment spécifiques du droit réel par rapport au droit d'obligation.

Toutes ces considérations ont justifié une étude de la question du gage des créances entreprise récemment par la Société d'Etudes Législatives (2). Les conclusions pratiques auxquelles aboutit cette étude, conclusions qui ont été exprimées sous la forme d'un projet d'amendement aux dispositions actuelles du Code civil, se justifient aussi bien en droit que sur le terrain des considérations pratiques. Elles demandent cependant à être fondées sur une *acception particulière de la nature juridique* du gage des créances, nature qui n'est certainement pas celle qui est généralement retenue aujourd'hui, à savoir : la *réalité* du droit de gage dans tous ses cas d'application.

Nous nous sommes proposé d'entreprendre ici l'étude

(2) Voir le *Bulletin de la Société d'Etudes Législatives*, 1937, N° 4, p. 333 et s.

de cette nature juridique particulière du gage des créances. Ce sera une étude non pas de droit positif, car nous ferons abstraction de toute considération de cet ordre, mais une étude de *droit pur* qui tiendra uniquement compte de certaines données de la science du droit, données qu'il ne nous semble pas permis d'enfreindre.

2. — Nous allons étudier la nature juridique du gage des créances selon le *plan* suivant :

Un *chapitre préliminaire* sera consacré à la nature juridique du *pignus nominis*. La conception romaine sur cette question nous semble, en effet, très intéressante comme point de départ de notre étude. Contrairement au droit positif actuel, le droit romain avait donné au gage des créances une physionomie distincte de celle du gage des choses corporelles. Cette physionomie doit être approfondie car elle est, à notre avis, celle qui se rapproche le plus de la conception rationnelle de la nature juridique de notre institution.

Dans une *première partie*, intitulée « Les différentes conceptions dans la doctrine », nous analyserons les systèmes qui ont été construits par la doctrine pour résoudre ce problème complexe de la nature juridique du gage des créances. Les systèmes de la réalité, ceux de la personnalité et enfin les systèmes intermédiaires y trouveront leur place.

Dans une *deuxième partie*, intitulée « Conception rationnelle proposée », nous traiterons de la réalité et de la personnalité des droits, de la notion des « choses incorporelles » et de celle des « droits sur droits », du contenu juridique de la garantie réelle et enfin du concept proprement dit de la nature juridique du gage des créances, examiné à un triple point de vue : l'essence juridique du droit, sa construction formelle et enfin l'unité de l'institution juridique du gage.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

NATURE JURIDIQUE DU PIGNUS NOMINIS

SOMMAIRE. — 3. *Le pignus nominis*, hypothèque des créances. —
4. Ses particularités et sa nature juridique.

3. — Il est de la plus grande importance pour l'étude de la nature juridique du gage d'une créance, de préciser la physionomie de cette institution, ses particularités et sa nature dans le droit romain.

En effet, nous croyons que le *pignus nominis* avait dans le droit romain la physionomie d'une institution éminemment spécifique qui le différenciait nettement du *pignus*, gage d'une chose corporelle ; le gage d'une créance n'était pas un cas d'application du gage, droit réel. C'était plutôt un cas d'application d'une notion supérieure, celle de la garantie réelle, laquelle si elle n'était pas formulée explicitement réunissait en fait sous le même concept tous les droits de garantie réelle.

D'ailleurs, comme nous le verrons par la suite, le *pignus nominis* ne dérivait pas historiquement du *pignus*, mais bien de l'hypothèque romaine, forme d'expression plus perfectionnée de la même notion de garantie réelle.

Il est certain que dans les temps les plus reculés, les Romains n'avaient même pas songé à engager les créances, ces *res incorporales* qui s'exprimaient dans un rapport idéal, d'ordre intellectuel, entre deux personnes et qui n'étaient susceptibles d'aucun pouvoir d'appréhension physique ; car ce qui est de prix dans toutes les sociétés en formation, ce sont uniquement les biens corporels qui tombent sous les sens. Il fallait une évolution déjà assez avan-

cée dans les idées juridiques et un sensible développement des relations d'affaires, pour concevoir la possibilité de tirer crédit d'une créance.

Ce degré d'évolution ne peut être, à notre avis, considéré comme atteint avant que les Romains ne soient arrivés à donner une solution satisfaisante aux trois exigences suivantes : 1° trouver une sûreté qui pouvait convenir aux *nomina*, car la fiducie et le gage étaient totalement impropres à cette fin ; cette sûreté ne pouvait être que l'hypothèque, adaptée bien entendu aux exigences des droits de créance ; 2° reconnaître au créancier hypothécaire à côté du *jus possidendi* qui ne convenait point aux créances, le *jus distrahendi* ; 3° trouver enfin des moyens perfectionnés pour le transport des créances, car l'essence de la sûreté réelle étant l'*aliénation conditionnée de la valeur*, il fallait que le cas échéant cette aliénation puisse s'opérer effectivement.

Reprenons ces trois conditions. Il est certain que la *fiducia cum creditore*, aliénation fiduciaire de la propriété, ne pouvait pas plus que le *pignus* convenir aux créances. Elle s'opérait à l'aide de la *mancipatio* et de l'*in jure cessio*, moyens qui étaient employés pour créer ou pour transmettre des droits réels sur des biens corporels ; jamais le droit romain n'a songé à appliquer ces moyens de transfert en matière de droits d'obligation. La transmission des créances, à partir du moment où elle est devenue possible, se faisait par deux moyens appropriés : la *novatio* et la *procuratio in rem suam*, au moyen de la *litis contestatio*. Ces procédés étaient pour les créances ce que la *mancipatio* et l'*in jure cessio* étaient pour les droits réels (1). D'ailleurs, le créancier qui devenait par l'aliénation fiduciaire propriétaire de la chose, avait à sa disposition la revendication. Comment appliquer de telles notions en matière de droits d'obligation ?

(1) Cf. Gaius, 2, 38 et 39.

Pour ce qui est du *pignus*, celui-ci était un contrat *re* qui se formait par la remise de la chose à l'aide de la *traditio*. Son efficacité consistait à l'origine dans le *jus possidendi* qu'il conférait au créancier et ce droit était protégé à l'aide des *interdits possessores*. Il ne s'agissait donc pas d'une simple détention mais bien d'une véritable possession au sens romain du terme, c'est-à-dire de l'exercice matériel d'un droit réel. Plus tard et à l'instar de l'hypothèque, on a accordé au créancier gagiste le *jus distrahendi*, c'est-à-dire le droit de vendre la chose mise en sa possession et de se payer sur le prix réalisé par préférence à tout autre créancier. Toutes ces notions, hormis la dernière, ne pouvaient non plus être appliquées aux créances. Il n'y a donc pas moyen de rattacher le *pignus nominis* au *pignus* sans commettre la faute grave, et les Romains ne l'ont certainement pas commise, de confondre la théorie des droits réels avec celle des droits d'obligation. Il est certain que ce n'est pas le *pignus* qui a permis aux Romains de tirer crédit des créances. Cette « anomalie juridique », si elle a été commise, n'a pas été l'œuvre des juristes romains, mais elle est due plutôt à ceux qui interprétant plus tard leurs institutions, ont alourdi l'esprit romain.

La seule sûreté qui par ses aptitudes exceptionnelles pouvait convenir aux créances était l'hypothèque, et encore fallait-il l'adapter aux nouvelles exigences du droit d'obligation, ce qui ne pouvait pas se faire sans une certaine évolution. Cette sûreté représente, en effet, le dernier degré dans le perfectionnement de la garantie réelle à Rome. Malgré l'affirmation de Marcien qu'*inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt* (2) et malgré les analogies qui de fait existaient entre les deux institutions, leurs différences étaient multiples. Le débiteur qui consentait à une hypothèque, gardait la possession de la chose. L'hypothèque était une création du droit prétorien, alors que le gage était un contrat de droit civil. La première ne néces-

(2) *D.*, 20, 1, 5, 1.

sitait pour sa constitution aucun des moyens qui eussent été incompatibles avec le droit des créances, car un simple pacte suffisait à cette fin.

Mais ce qu'il y avait de particulièrement nouveau et de vraiment remarquable dans cette sûreté, c'était son aptitude de frapper le bien à elle soumis à distance, pour ainsi dire intellectuellement. C'est ce qui a permis d'envisager à un certain moment la constitution d'une hypothèque sur une *universalité* et comme l'universalité comprenait des *res* et des *jura* (les *res incorporales*), on en est venu à concevoir la constitution d'une hypothèque sur un droit autre que celui qui s'identifiait avec la chose (3). C'est ainsi qu'on a permis la constitution d'une hypothèque sur d'autres droits réels et même sur les *nomina*, « choses » qui n'avaient point d'existence matérielle.

Ce développement n'a pu être atteint qu'au moment où à côté de l'ancien *jus possidendi* — lequel en tant qu'expression matérielle du droit réel, était inconcevable pour des « choses » non-susceptibles de possession, telles les créances — on est arrivé à accorder au créancier un *jus distrahendi*. Car, à partir de ce moment, *quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest* (4).

(3) Cf. BEKKER, dans : *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung u. Rechtswissenschaft*, XV, p. 539 : « ...*pignus nominis* könnte dem *usufructus nominis* analog, auch aus den Generalhypotheken erwachsen sein, deren Entstehung Dernburg in das erste Jahrhundert der Kaiserzeit verlegt ».

(4) *D*, 20, 1, de *pign.*, 9, 1. — Les auteurs sont tout à fait d'accord sur ce point. Cf. GIDE (P.), *Etudes sur la novation et le transport des créances en Droit romain*, Paris, 1879, p. 352 (en note) : « ...dans la première (période) où le *pignus* n'était qu'un droit de rétention, tout *pignus nominis* était évidemment impossible ». — GIRARD, *Manuel élémentaire de Droit romain*, 8^e édit., Paris, 1929, p. 823 : « ...le gage et l'hypothèque... ne pouvaient à l'origine porter que sur des choses corporelles, parce qu'il n'en résultait qu'un droit de posséder ; plus tard le créancier obtient à côté du *jus possidendi* le *jus distrahendi* et en conséquence on peut hypothéquer tout ce qui peut être vendu ». — CUQ, *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, Paris, 1928, p. 673. — MONIER, *Manuel élémentaire de Droit romain*, 1^{re} édit., Paris, 1935-36, II, p. 401.

Ce *jus distrahendi* est l'élément central, l'essence de toute sûreté réelle (5) qu'elle porte sur des droits ou sur des choses corporelles. Car qu'est donc une sûreté réelle sinon une *aliénation conditionnée de la valeur* de la chose grevée ? Aliénation, cela s'entend, qui se fait selon les moyens propres à chaque catégorie de droits. Si on veut grouper toute espèce de sûreté réelle autour d'une idée unique, réaliser donc ce qu'on appelle l'*unité* de la conception de garantie réelle, cela ne peut se faire qu'autour de cet élément qu'est le *jus distrahendi* et son corrélatif, l'*indisponibilité* de la chose grevée, pour la partie de sa valeur qui a été aliénée sous condition.

Seulement, ce n'était pas l'hypothèque, droit réel avec ses prérogatives et ses conséquences, qui s'appliquait telle quelle aux droits de créance, c'était une hypothèque d'une nature spéciale : le *pignus nominis*. S'il faut donc rattacher le gage d'une créance à l'une des trois sûretés préexistantes, c'est sans aucun doute à l'hypothèque (6), et cela en dépit de son nom qui ne prouve rien dans cette matière où

(5) Voir *infra*, dans la deuxième partie, le chap. sur « Le contenu juridique de la garantie réelle ».

(6) Jamais les romanistes, les anciens comme les modernes, n'ont eu l'idée de rattacher le *pignus nominis* à autre chose qu'à l'hypothèque (on l'appelle d'ailleurs « l'hypothèque des créances »). Cf. les glossateurs (Accurse, Bartole), qui concèdent au créancier, titulaire d'un *pignus nominis*, tantôt l'*actio hypothecaria* à l'instar de l'hypothèque, tantôt celle *personnelle* de son débiteur. — Les anciens interprètes, tels Cujas, Doneau, Fabre, discutent eux aussi uniquement sur la nature de l'action accordée au créancier ; pour les uns (Cujas) c'est l'*actio hypothecaria*, pour les autres (Doneau) c'est l'*actio utilis in personam*. — Les auteurs modernes rattachent unanimement le *pignus nominis* à l'hypothèque romaine. Voir : JOURDAN, *De l'hypothèque. Etudes de Droit romain*, Paris, 1876, p. 275-292. — GIDE, *op. cit.*, p. 350-355. — DELVAS, *Du pignus nominis. Thèse de Droit romain. Du gage des choses incorporelles, en matière civile et commerciale. Thèse de Droit français*, Paris, 1892. — DELEPLANQUE, *Du pignus nominis (hypothèque des créances)*, thèse, Lille, 1890. — GIRARD, *op. et loc. cit.* (en note). — CUQ, *op. et loc. cit.* — HUVELIN, *Droit romain*, Paris, 1929, II, p. 369. — MONIER, *op. et loc. cit.*

il y a eu tant d'interpolations et où le même terme était employé si diversement.

Cependant, malgré cette parenté, le *pignus nominis*, avec ses caractères spécifiques et sa nature juridique originale, a été la sûreté *spécialement créée* par les Romains pour l'impignoration des créances. C'est une réalité qu'il ne faut pas perdre de vue si l'on veut se faire une idée exacte de notre institution.

Toutefois, pour que l'hypothèque d'une créance fût possible il fallait d'abord que les moyens techniques pour le transfert de celle-ci fussent perfectionnés. En effet, la garantie réelle contenant toujours une *aliénation en puissance*, il fallait trouver un procédé assez souple pour donner au créancier un droit sûr et en même temps pour ne pas opérer tout de suite la cession. Avec les anciens moyens de transfert, la *novatio* et la *procuratio in rem suam*, cette chose n'était guère possible. Exiger le consentement du débiteur cédé, accorder au créancier un droit révocable jusqu'à la *litis contestatio* et même, quand la cession se produisait, lui accorder d'emblée les droits d'un vrai cessionnaire, étaient autant de conséquences qui répugnaient au concept de garantie (7). Il a donc fallu arriver au transfert des créances par le simple *consentement* du cédant et du cessionnaire, au moyen des *actions utiles prétoriennes*, ou du moins, s'acheminer vers ce principe qui, pour les créances, est devenu sous Justicien la règle générale.

Ce qu'il y a de tout à fait remarquable au point de vue de notre sujet dans cette évolution des procédés de transfert, c'est que le principe de la cession par simple consentement a commencé à prendre vie par l'acceptation même du *pignus nominis*, « qui était au fond un véritable transfert restreint dans les limites de la convention d'hypothèque » (8). Et on comprend très bien que l'hypothèque

(7) Cf. JOURDAN, *op. cit.*, p. 276.

(8) GIDE, *op. cit.*, p. 353. D'après cet auteur, l'évolution qui a abouti au principe de la cession par simple consentement s'est faite

ait facilité l'éclosion de ce principe, car elle se constituait à l'aide d'un simple pacte.

4. — Voyons maintenant quelles étaient les *particularités spécifiques* du *pignus nominis*.

Le gage des créances de même que l'hypothèque, ne nécessitait pour son existence qu'un simple pacte : l'accord entre le constituant et le créancier gageiste.

Seulement, comme le constituant conserve la titularité de la créance et jouit à ce titre de son *action directe*, il fallait prémunir le créancier contre des opérations éventuelles que le premier aurait pu effectuer sur la créance engagée au préjudice du second. A cet effet la pratique romaine a inventé le moyen extra-judiciaire de la signification au tiers débiteur : la *denunciatio*. C'est dans le domaine du *pignus nominis* que cette pratique a pris naissance, probablement sous Alexandre Sévère. Elle fut éteinte par la suite à la cession de créance, et l'usage n'en aurait été consacré par la loi qu'au Bas-Empire (9).

en deux périodes. « Dans la première période la jurisprudence se borne à étendre à la transmission des créances les innovations qu'elle a introduites pour la transmission des droits réels ; les seuls cas dans lesquels le simple consentement pourra transférer la créance sont ceux dans lesquels il pourrait aussi constituer un droit réel ou transférer la propriété ». Et il cite les trois cas : la *restitution d'un fidéicommiss universel*, la *venditio bonorum* et le *pignus nominis* (créance cédée en hypothèque). Dans la seconde période les réformes sont spéciales aux créances et le transfert par consentement finit par devenir la règle générale, contrairement à ce qui s'est passé pour la propriété (p. 336). Cependant, Gide était d'avis que l'introduction des *actions utiles* a permis la constitution d'un troisième procédé de transfert des créances : le transfert par convention. Cette opinion n'est plus acceptée par la doctrine moderne. L'existence d'un troisième procédé à côté des deux autres est aujourd'hui exclue. L'introduction du système des *actions utiles* n'a fait que perfectionner le second procédé technique de cession : la *procuratio in rem suam*. Cf. COLLINET, *Les obligations en droit romain*, Cours Paris, 1936-37, p. 252, note 1.

(9) La constitution de Gordien — C., 8, 41, 3 — serait interpolée ; cf. LENEL, *Iherings Jahrb.*, XV, 39. — GIRARD, *op. cit.*, p. 781, notes 1-2. — CUQ, *op. cit.*, p. 639, note 5. — GIFFARD, *Précis de Droit romain*, 1^{re} édit., Paris 1934, II, p. 263, note 2.

Cependant, la notification, contrairement à ce qui se passe aujourd'hui, aurait servi uniquement à empêcher le tiers débiteur de se libérer valablement entre les mains de son propre créancier. En cas de plusieurs constitutions successives de droit de gage sur la même créance, c'est la règle *prior tempore potior jure* qui aurait départagé les intéressés (10).

Les Romains ne connaissaient pas, par contre, cette exigence que l'ancien droit a ajoutée à la signification, par un rapprochement malencontreux avec le gage des choses corporelles, à savoir : la *possessio de la créance* par la remise du titre qui la constate. Cela résulte à l'évidence d'un passage d'Ulpien, où il admet la possibilité d'un gage portant sur une créance qui n'est pas constatée par écrit (ce qui n'est pas chose possible aujourd'hui) (11).

D'ailleurs, la *possessio corporis* du gage d'une chose corporelle était inconcevable pour un droit de créance ; car la possession du titre qui la constate ne pouvait certainement pas signifier aux yeux des Romains la possession du droit de créance lui-même.

Pour ce qui est des créances sur lesquelles pouvait porter le *pignus nominis*, les Romains ont établi très logiquement une corrélation parfaite entre cette institution et celle de la cession : toutes les créances qui pouvaient être cédées pouvaient aussi être engagées. Cela s'explique aisément, car la sûreté réelle renfermant une *aliénation conditionnée de la valeur* de la chose grevée, cette aliénation pour les créances ne pouvait se faire qu'à l'aide du moyen propre au transfert de celles-ci, à savoir : la cession. Les restrictions qui touchaient certaines créances au point de

(10) Cf. JOURDAN, *op. cit.*, p. 290.

(11) D., 20, 1, de *pign. et hypoth.*, 20 : *Cum convenit, ut is qui ad refectorem aedificii credidit, de pensionibus jure pignoris ipse creditum recipiat, etiam actiones utiles adversus inquilinos accipiet cautionis exemplo, quam debitor, creditori pignori dedit.*

vue de leur transmissibilité, s'appliquaient donc pour identité de motifs à leur mise en gage (12).

Il n'y a rien de particulier à noter sur les droits respectifs du créancier gagiste et du débiteur pendant la période intérimaire qui précède l'échéance de la dette garantie. Le débiteur, qui restait titulaire de la créance, pouvait consentir, compte tenu du droit du premier créancier gagiste, des nouveaux droits de gage sur la créance et pouvait même la céder. Quant au créancier gagiste, il pouvait toucher les intérêts de la créance engagée pour les imputer sur ceux de sa propre créance ou sur le capital.

A l'échéance de la créance garantie, le créancier disposait de deux moyens pour la réalisation de son gage : l'un était commun à toute espèce de droit de garantie réelle, le *jus vendendi* (ou *jus distrahendi*) ; l'autre, par contre, était propre au *pignus nominis* et éminemment caractéristique pour la nature juridique de cette institution, à savoir : le *jus exigendi*.

Pour la poursuite du tiers débiteur, le créancier gagiste avait à sa disposition une action de même nature que celle appartenant à son débiteur : une *utilis in personam actio* ; en effet, les auteurs sont aujourd'hui unanimes à reconnaître sa nature personnelle (13).

Cette action cependant lui était accordée uniquement à titre de gage. Cela veut dire que si l'objet de la prestation du tiers débiteur était une *chose corporelle*, celle-ci restait entre ses mains, non pas en tant que propriété, mais seulement *pignori loco*. Si, par contre, l'objet de cette prestation était une *somme d'argent*, le créancier gagiste com-

(12) Sauf certaines exceptions en faveur du *pignus nominis*, dans les cas où les restrictions n'avaient plus leur raison d'être ; cf. JOURDAN, *op. cit.*, p. 204.

(13) Cf. JOURDAN, *op. et loc. cit.* — GIDE, *op. et loc. cit.* — GERRARD, *op. et loc. cit.*, qui dit que le *pignus nominis* accordait au créancier gagiste un *jus exigendi*, « le droit de réclamer le paiement du tiers débiteur, en intentant les actions du constituant comme actions utiles... ». — CUQ, *op. et loc. cit.* — HUVELIN, *op. et loc. cit.*

pensait sur cette somme le montant de sa propre créance.

De tout ce qui précède, il résulte à l'évidence que le *pignus nominis* participait, quant à sa nature juridique, de la nature des droits d'obligation. C'était un droit personnel, constitué à l'aide d'un moyen propre aux droits de cette espèce, à savoir, la cession, et qui était sanctionné par une action personnelle, le tout dans les limites imposées par la fonction juridique et le but économique de l'institution, qui était celui de garantie.

Aussi les auteurs appellent-ils couramment le *pignus nominis*, *cessio pignoris causa* (14).

(14) Cf. JOURDAN, *op. cit.*, p. 277 : « ...l'hypothèque d'une créance dut se résoudre en un transfert de la créance, en une *cessio pignoris causa*. Il s'agit précisément de voir comment les principes de l'hypothèque ont pu se combiner avec les principes de la cession ». GIDE, *op. cit.*, p. 352 : « Il suit de là que l'hypothèque d'une créance est au fond un véritable transfert. Ce transfert, il est vrai, est restreint dans les limites de la convention d'hypothèque. C'est un transfert partiel : vous n'avez hypothèque sur ma créance que jusqu'à concurrence de ce que je vous dois. C'est un transfert conditionnel : vous ne pouvez exercer votre hypothèque que si je manque à mes engagements. C'est un transfert résoluble : vous perdez votre hypothèque si je viens à m'acquitter envers vous ». — CUQ, *op. cit.*, p. 673 : « Le créancier hypothécaire est assimilé à un cessionnaire de créance; il peut exercer comme actions utiles les actions du cédant dans la mesure de ce qui lui est dû à lui-même ». — DELVAS, *op. cit.* — DELEPLANQUE, *op. cit.*

PREMIÈRE PARTIE

LES DIFFÉRENTES CONCEPTIONS DANS LA DOCTRINE

5. — Le problème de la nature juridique du gage des créances a engendré des conceptions multiples, particulièrement dans la doctrine allemande.

Il s'agit de savoir si l'institution du gage présente une *physionomie juridique unitaire* qui englobe tous les cas d'application de l'idée de gage — tellement variés à cause de la diversité des objets susceptibles d'être grevés — ou si, par contre, l'unité ne doit pas être trouvée dans une conception supérieure qui embrasserait avec l'institution du gage toutes les formes d'expression de la garantie réelle.

Ce dilemme est dû principalement au problème délicat de la nature juridique du gage des créances. S'agit-il d'un droit réel grevant un droit personnel ? L'affirmative permettrait de trouver l'unité du droit de gage dans le concept de la réalité de ce droit. S'agit-il, par contre, d'un droit personnel, étant donné l'impossibilité juridique de la construction d'un droit réel qui porterait sur un droit de créance ? Dans ce cas le concept de l'unité ne pourrait plus être trouvé dans la notion de la réalité, c'est-à-dire dans l'idée de gage traditionnellement considéré comme un droit réel, mais dans une notion supérieure. Il faudrait dans ce cas encore expliquer le processus juridique grâce auquel l'idée supérieure de la garantie réelle parvient à s'exprimer dans un droit de créance. Mais est-on sûr que l'institution du gage — qu'il porte sur une chose corporelle ou sur une créance — ne repose pas sur une structure juridique particulière, qui permettrait la réunion en un même concept des deux espèces de gages différents suivant la na-

ture de leurs objets ? Ici encore il faudrait définir cette structure juridique particulière, ce noyau central de l'institution du gage.

Les théories que nous allons exposer correspondent à ces différentes idées.

Dans un premier chapitre nous parlerons des *théories de la réalité*. Celles-ci fondent l'unité totale de l'institution du gage sur la notion de la réalité. Le droit de gage serait, suivant ces conceptions très généralement admises, un droit réel dans tous les cas, qu'il porte sur une chose corporelle ou sur un droit de créance.

Dans un second chapitre, consacré aux *théories intermédiaires*, nous traiterons des conceptions qui se placent à mi-chemin entre les théories de la réalité et celles de la personnalité. Elles se refusent à trouver l'unité du concept de gage dans la notion de la réalité, sans toutefois contester qu'il y a dans le droit de gage une certaine unité. Cette unité doit être trouvée dans une *acception particulière de la structure juridique* du droit de gage en général.

Dans un troisième chapitre nous exposerons les *théories de la personnalité* qui définissent le gage d'une créance comme un droit de nature obligatoire. Il n'y a pas, d'après ces théories, une institution juridique du gage. Les différents cas d'application de l'idée de gage ne seraient qu'autant de cas d'application d'une idée supérieure : celle de la garantie réelle.

CHAPITRE PREMIER

THÉORIES DE LA RÉALITÉ

SOMMAIRE. — I-6. *Conception courante* : le gage — droit réel — porte, suivant son objet, tantôt sur une chose corporelle, tantôt sur une « chose incorporelle ». Son fondement dans l'histoire, le droit positif et le droit pur. — 7. Les caractères d'immédiateté et d'absoluité du droit réel de gage. Le droit de suite et le droit de préférence. — 8. Conséquences pratiques : nécessité de la mise en possession et réalisation par le seul moyen de la vente (refus du *jus exigendi*) dans le cas du gage d'une créance. — II.-9. *Variantes* : 10. L'objet du droit réel de gage est toujours un droit. Théorie de Bremer. — 11. L'objet du droit réel de gage est toujours une chose corporelle. Théorie d'Exner.

I. 6. — Le gage est un *droit réel*, indifféremment de son objet, que ce soit une chose corporelle ou « incorporelle », soutiennent les partisans de cette théorie. Ainsi l'institution du gage n'aurait qu'un seul aspect juridique et l'unité en serait réalisée autour du concept de la réalité.

C'est la conception traditionnelle, non pas celle du droit romain, mais celle de l'ancien droit. Elle est celle qui recueille les suffrages du plus grand nombre d'auteurs (1)

(1) En France, les *Traité*s généraux — suivant en cela les dispositions du C. civ. — ne font aucune distinction, quant à leur nature juridique, entre le gage d'une chose corporelle et celui d'une créance. Le droit de gage reste invariablement un droit réel. Quant aux monographies, en dehors de celles qui traitent de la question en droit romain, nous n'en connaissons qu'une seule (AVRIL, *Principes et caractères juridiques de la constitution de gage sur les meubles incorporels. Etude de Droit français*, thèse, Grenoble, 1898) qui voit dans le gage d'une créance autre chose qu'un droit réel. Citons parmi celles qui défendent la réalité : DELVAS, *op. cit.* ; dans la partie résér-

et qui a été consacrée, plus ou moins explicitement, par les législations positives des différents pays (2).

Cette doctrine se base sur des considérations diverses.

La tradition historique d'abord. Depuis le droit romain on considère le gage comme un contrat *re*, c'est-à-dire un contrat qui se forme par la remise de la chose grevée entre les mains du créancier. Et même les auteurs qui ont gardé le souvenir du *pignus nominis*, en tant qu'institution dis-

vée au droit français, l'auteur définit comme réel tout droit de gage ; par contre, dans la partie qui traite du droit romain, il voit dans le gage d'une créance une *cession à titre de gage*, suivant en cela les conceptions rapportées d'Allemagne par le prof. Jourdan (*op. cit.*). — CERBAN, *Etude critique sur les conditions de constitution en gage des choses incorporelles, en matière civile et commerciale*, thèse, Paris, 1897. — ROGIER (Suzanne), *De la mise en gage des créances en Droit français*, thèse, Paris, 1929.

En Italie, la théorie a trouvé des défenseurs ardents. Voir notamment: GUGINO, *Del concetto del diritto di pegno secondo il diritto romano*, Palermo, 1873. — FADDA et Bensa, *Diritto delle Pandette de Windscheid*, traduction et notes, 1^{re} édit., Torino, 1902. — CLAPS, *Studi e considerazioni sulla natura giuridica del pegno de' crediti*, dans : *Archivio Giuridico*, Filippo Serafini (nuova serie), VII, p. 401-446 et VIII, p. 93-155, 1901. — ROMANO (Salvatore), *Natura giuridica del pegno di crediti*, Milano, 1928.

En Allemagne : GESTERDING, *Die Lehre vom Pfandrecht nach Grundsätzen des römischen Rechts*, 2^e édit., Greifswald, 1831. — BREMER, *Das Pfandrecht und die Pfandobjekte*, Jenä, 1867. — WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 1^{re} édit., 4 vol., Dusseldorf, 1870-74 (dans la 2^e édit., il ne considère plus comme réel que le gage d'une chose corporelle). — Voir encore pour les nombreuses monographies allemandes traitées suivant cette conception, les ouvrages cités par : STAUDINGER, *Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*, 9^e édit., München, 1926, III, p. 1480. — WIELAND, *Les droits réels dans le Code civil suisse*, (traduction de BOVAY), Paris 1913-14, II, p. 310. — ROMANO, *op. cit.*, p. 76. — Par contre, la doctrine allemande plus récente s'oriente plutôt vers la conception plus nuancée de la personnalité du droit de gage sur créance (voir *infra* les différentes théories de la personnalité).

(2) Le C. civ. franç. et le C. civ. ital. assujettissent le gage des créances aux exigences du statut juridique du gage des choses corporelles, sauf certaines dispositions particulières, en réalité très peu nombreuses. Le B.G.B. allemand traite du gage des droits (« Pfandrecht an Rechten ») dans la partie consacrée aux droits réels (« Sachenrecht »).

incte du *pignus rei* (gage des choses corporelles), s'efforcent de prouver que l'action qui sanctionnait le gage des créances était réelle, à savoir : l'*actio hypothecaria* (ou bien l'*actio utilis hypothecaria*) (3-4).

Presque tous les partisans de cette conception font ensuite appel dans leur argumentation à des considérations de droit positif. A ce point de vue ils ont raison car, ainsi que nous l'avons vu, les principales législations ne voient dans le gage des droits en général, et dans celui d'une créance en particulier, qu'un droit réel. Cependant, nous croyons que les considérations de droit positif ne devraient pas être déterminantes dans un débat où il s'agit de la nature juridique d'une institution. Les questions de ce genre se placent, selon nous, au-dessus de la loi positive qu'elles devraient conditionner et déterminer en fonction des principes supérieurs qu'elles dégagent.

Enfin, en dehors des considérations tirées de l'histoire et du droit positif, la doctrine de la réalité du droit de gage se fonde en droit pur sur des constructions très hardies mais, selon nous, artificielles, telle la notion des « choses incorporelles » ou celle, qui en est la conséquence directe, des « droits sur droits ».

Il fallait bien, pour expliquer la possibilité de la construction d'un droit réel sur un droit personnel, trouver un artifice juridique qui permettait de voir dans le droit — à côté du *poter subjectif de volonté* — un élément du patrimoine, au même titre que les choses du monde corpo-

(3) TROTSCHKE, *Das Verpfändungsrecht des Pfandgläubigers*, Quedlinburg, 1834.

(4) Nous ne reviendrons plus sur des considérations historiques (voir *supra*, dans le chap. préliminaire, l'exposé sur le *pignus nominis*). Bornons-nous de dire que le *pignus nominis* n'a pas été calqué par les Romains sur le moule juridique du *pignus*, mais que c'était par contre une institution ayant sa physionomie éminemment spécifique. Quant à l'action qui le sanctionnait, les auteurs sont aujourd'hui unanimes à reconnaître que c'était une *utilis in personam actio*.

rel, susceptible de *s'objectiver* et comme tel d'être l'objet patrimonial d'un autre droit.

On fait appel dans ce but à l'existence d'une notion de « choses incorporelles » dans le droit romain. Elle devait englober tous les droits, hormis le droit de propriété, qui auraient ainsi composé, avec les choses corporelles, les différents éléments du patrimoine. Toutes ces « choses incorporelles » auraient été susceptibles de faire l'objet d'autres droits réels. La preuve en serait donnée par l'existence dans le droit romain de constructions telles que l'*usufructus nominis*, le *pignus nominis*, ou le *pignus pignoris*, qui ne pourraient pas être expliquées autrement.

La notion de la « chose incorporelle » a donné naissance à une autre construction, qui n'en est qu'une variante : celle des « droits sur droits ». Cette dernière est en faveur chez les auteurs allemands (« Rechte an Rechten »), qui ne pouvaient pas se prévaloir de la première notion vu qu'elle est bannie du C. civ. allemand (5). Cette théorie prétend que le droit en tant que tel serait susceptible de faire l'objet d'un autre droit, réel celui-ci ; que dans des constructions comme celle du gage des droits (« Pfandrecht an Rechten ») ou celle de l'usufruit des droits (« Niessbrauch an Rechten ») le droit réel supérieur porterait directement et immédiatement sur le droit inférieur, réel ou personnel, considéré indépendamment de son objet matériel.

Ces notions de « choses incorporelles » et de « droits sur droits » constituent la pièce maîtresse du système de la réalité considéré comme base de l'institution du gage.

Nous ne nous arrêterons pas plus longuement ici sur l'exposé doctrinal de ces différentes constructions, ni sur les critiques qu'on peut leur faire. Nous leur consacrerons un développement aussi complet que possible dans la par-

(5) Paragraphe 90.

tie réservée à la conception rationnelle que nous proposons (6).

Bornons-nous pour l'instant de dire que ces conceptions vont à l'encontre de la définition même du droit : *pouvoir subjectif (et privatif) de volonté* ; d'autre part, qu'on ne peut pas considérer le droit indépendamment de son objet et enfin, qu'on ne peut pas juridiquement admettre la possibilité d'une construction qui pour l'une de ses branches — le rapport du droit supérieur avec le droit inférieur considéré indépendamment de son objet — présente les caractéristiques de la réalité, tandis que pour l'autre branche — le rapport du droit inférieur avec son objet à travers l'activité d'une personne obligée — se réclame de la théorie des droits d'obligation.

7. — Après avoir mis à la base de leur système la faculté du droit d'être lui-même l'objet d'un autre droit, les partisans de la théorie de la réalité du droit de gage s'efforcent de ramener le cas d'application pratique de ce droit éminemment réfractaire au système de la réalité — le gage d'une créance — aux caractères du droit réel type et de lui faire produire les conséquences juridiques des droits de cette espèce.

Ainsi le gage d'une créance — droit réel sur un droit personnel pris en lui-même — conférerait à son titulaire un *pouvoir immédiat et absolu*, les deux caractéristiques fondamentales de tout droit réel (7). Le créancier gagiste toucherait l'objet de son droit de gage d'une façon juridiquement immédiate, car il n'aurait besoin de l'intervention de personne pour jouir de son droit. Le droit de créance que le débiteur a engagé serait sorti de son pouvoir jusqu'à concurrence du montant de la créance garantie, pour être

(6) Voir *infra*, dans la deuxième partie, « Conception rationnelle proposée », le chapitre qui traite de « La notion des choses incorporelles et celle des droits sur droits ».

(7) Cf. ROMANO, *op. cit.*, p. 92 et CLAPS, *op. cit.*, chap. IV.

placé sous le pouvoir immédiat du créancier gagiste. De même, le droit de celui-ci serait absolu, car il est opposable non seulement au débiteur mais même à tout tiers quelconque, du moment où les formes prévues par la loi pour sa conservation à l'égard des tiers, ont été respectées.

Quant aux conséquences juridiques du droit réel de gage — qu'il porte sur une chose corporelle ou sur une créance — elles seraient celles de tout droit réel, à savoir : le *droit de suite* et le *droit de préférence*. Le créancier titulaire du droit de gage peut poursuivre l'objet de son droit entre les mains de tout tiers qui le détient en vertu d'une aliénation consentie par le débiteur ou à titre précaire. De même, il primera sur cet objet — lors du procès en exécution — tous les autres créanciers de son débiteur. Et l'on ajoute que c'est justement dans ces deux conséquences spécifiques de tout droit réel que se trouve l'essence de la garantie réelle et sa supériorité sur la garantie personnelle.

Nous n'entrerons pas dans les détails de la discussion autour des caractères et conséquences juridiques du droit de gage dans ses différentes applications. Ici encore nous renvoyons à la partie réservée à la conception que nous proposons (8), où les arguments de la théorie de la réalité seront repris et combattus. Nous pourrions le faire alors d'autant plus aisément que nous aurons analysé préalablement la nature juridique du droit réel et celle du droit de créance (9).

Pour l'instant il nous suffira de dire qu'en ce qui concerne le gage d'une créance on ne peut, à notre sens, lui attribuer les caractères spécifiques du droit réel, pas plus que les deux prérogatives essentielles qui accompagnent tout droit de cette nature.

(8) Voir dans la deuxième partie, « Conception rationnelle proposée », les chapitres sur le « Contenu juridique de la garantie réelle » et sur la « Nature juridique du gage d'une créance ».

(9) Voir *loc. cit.*, le chapitre sur « La réalité et la personnalité des droits ».

Le gage d'une créance ne peut pas conférer à son titulaire un pouvoir immédiat sur la chose grevée, puisque celle-ci ne peut être touchée qu'à travers l'activité de la personne obligée, à savoir, à travers la prestation du tiers débiteur. En effet, c'est l'objet de cette prestation qui est visé en dernière analyse et c'est lui qui permettra au créancier gagiste, le cas échéant, d'obtenir une satisfaction subsidiaire. Le gage d'une créance ne peut donc conférer au créancier qu'un pouvoir de même nature que celui du débiteur, titulaire initial de la créance, c'est-à-dire un *pouvoir juridiquement médiat*.

De même, on ne peut parler en ce qui concerne le gage d'une créance de son caractère d'absoluité. Cet attribut a une signification précise dans la théorie des droits réels ; il ne signifie pas que le droit est opposable à un cercle plus ou moins important de personnes, mais que sur une chose du monde corporel le pouvoir qui caractérise le droit réel s'exerce envers et contre tous. Le rapport de forces, comme nous le préciserons plus loin, s'établit entre le titulaire du droit et tous ses semblables. Rien de tel dans le gage d'une créance qui ne s'exerce que contre une personne, la personne obligée, à savoir : le tiers débiteur. Les effets qu'il produit à l'égard de certains tiers ne caractérisent pas la réalité. L'équilibre de forces se place ici entre le titulaire du droit et la personne obligée. C'est un *droit relatif*.

Quant aux deux prérogatives du droit réel, à savoir, le droit de suite et le droit de préférence, on ne peut en parler dès que l'objet du soi-disant droit réel est une créance. Il est vrai que le gage d'une créance, comme tout droit de gage, produit des effets analogues à ceux que produit l'exercice de ces prérogatives. Le créancier gagiste pourra exercer son droit de gage nonobstant le droit d'un cessionnaire ultérieur ; de même, il primera les autres créanciers de son débiteur. Cependant, ces conséquences qui caractérisent tout droit de garantie réelle, s'expliquent par le *contenu* de ce droit : *aliénation d'une partie de la valeur*

de la chose engagée et *indisponibilité* de cette même valeur entre les mains du débiteur (10). Point n'est donc besoin de faire appel ici à la notion de la réalité et aux prérogatives qu'elle confère.

8. — Une des conséquences essentielles de la théorie de la réalité sur le terrain pratique a été l'assimilation du gage d'une créance à celui d'une chose corporelle quant à l'obligation de la *mise en possession* du créancier gagiste ; on est même en droit de penser que cette exigence traditionnelle a été tellement décisive qu'elle a assigné d'avance au gage d'une créance la seule nature juridique susceptible de la justifier.

Cette question qui pose une des conditions d'existence du gage relève en réalité de la technique de l'institution et à ce titre elle ne devrait pas être traitée dans un ouvrage qui se propose d'analyser uniquement l'essence juridique du gage. Cependant, la question de la mise en possession du créancier gagiste est si étroitement liée à la nature juridique du droit qu'il est difficile de l'en séparer.

Tous les auteurs qui partagent la théorie de la réalité du droit de gage admettent sans distinction la nécessité de la mise en possession du créancier gagiste d'une créance par la *remise du titre* qui la constate (11). Le contrat de gage serait traditionnellement considéré comme un contrat *re*, se formant donc par la remise de l'objet engagé entre les mains du créancier gagiste. La tradition du titre équivaldrait à la remise du droit de créance.

Ces auteurs, il faut l'avouer, trouvent un solide appui dans les dispositions de la loi positive. Celle-ci ne fait pas

(10) Voir *infra* dans la deuxième partie, le chapitre sur « Le contenu juridique de la garantie réelle ».

(11) Presque tous les *Traité*s généraux français posent cette condition. Voir encore : CERBAN, *op. cit.* — ROGIER, *op. cit.* — Pour les auteurs italiens : ROMANO, *op. cit.*, p. 63 et s. — CLAPS, *op. cit.*, chap. IV.

de distinction en ce qui concerne l'exigence de la mise en possession entre les différentes espèces de droit de gage (12). D'autre part, cette exigence a encore été renforcée par les décisions de la jurisprudence qui, à peu d'exceptions près, est impérieuse sur la nécessité de la mise en possession (13).

C'est principalement contre cette exigence que s'est élevée une grande partie de la doctrine française et étrangère (14). Et, il faut le dire, la nécessité de la possession dans le gage d'une créance est une des conséquences les plus difficilement admissibles de l'influence exercée sur lui par le statut juridique du gage d'une chose corporelle.

En effet, quand on parle d'une *possession* de la créance par la détention du titre, on veut appliquer au droit d'obligation un des éléments les plus spécifiques de la théorie de la réalité, car la possession du gage, suivant la conception romaine, n'est pas simplement l'exercice du droit, c'est la *mainmise matérielle* sur la chose corporelle formant l'objet du droit de gage. Cette mainmise matérielle est inconcevable pour un droit de créance. La détention du titre ne signifie nullement la possession de la créance et les Romains eux-mêmes se sont gardés de commettre cette erreur

(12) Cf. C. civ. franç., art. 2076 : « Dans tous les cas, le privilège ne subsiste sur le gage qu'autant que le gage a été mis et est resté en la possession du créancier, ou d'un tiers convenu entre les parties » et l'art. 1882 du C.civ.ital. dit textuellement la même chose.

(13) Jurisprudence française constante. Voir notamment : Cass. 20 janv. 1886, D.86.I.406, S.86.I.305. — *Contra* : Trib. Seine, 1843, D.45.4.353. — Pour la jurisprudence italienne, voir : Cass. Turin, 20 juillet 1894, *Mon. Trib.*, 812. — *Contra* : un arrêt de la Cour de Cass. de Naples, dans *Foro it.*, 1892, XVI-XVII, p. 900-931.

(14) Cf. POTHIER, *Traité du nantissement*, N° 6 ; dans son œuvre ultérieure, *Traité des hypothèques*, N° 211, Pothier admet par contre la validité de la mise en gage d'une créance par la remise du titre. — COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique du Code civil* de Demante, complété et annoté à partir du T.IV, 1858-1884, VIII, p. 369 et s. — DELVAS, *op. cit.*, p. 78 et s. — AVRIL, *op. cit.*, p. 30 et s. — PLANIOL, RIPERT et BECQUE, *Traité pratique*, XII (« Les sûretés réelles »), Paris, 1927, N° 95. — Voir pour la doctrine italienne : BONELLI, *La tradizione del titolo nel pegno dei crediti*, dans *Foro it.*, 1893, I, p.904 et s.

en donnant au *pignus nominis* une physionomie d'institution spécifique où il n'est pas question de la mise en possession du créancier titulaire du droit de gage.

Certes, le droit de créance est susceptible d'une certaine possession : celle qui se concrétise dans l'exercice du droit. Cette sorte de possession ne peut soulever de difficulté juridique, mais l'exercice du droit de créance ne peut se concevoir que dans les limites et selon les moyens juridiques imposés par la nature spécifique de ce droit. Ainsi dans le gage d'une créance l'exercice du droit du créancier gagiste se matérialise dans la signification au tiers débiteur, dans la poursuite de ce débiteur et dans les autres moyens de la personnalité qui lui sont octroyés pour la jouissance de son droit.

Mais les partisans de la réalité ne pensent certainement pas à cette sorte de possession qui se traduit par l'exercice du droit de créance, quand ils exigent la tradition matérielle du titre qui la constate. Il leur faut une *possession corporelle*, celle qui caractérise les droits réels ; or, il ne peut pas être question de cette possession dans un domaine qui relève de la théorie des droits d'obligation (15).

(15) Voici d'ailleurs ce que dit le prof. BOULANGER, (*Rapport sur la mise en gage des créances à personne dénommée*, publié dans le *Bulletin de la Soc. d'Et. Legisl.*, 1937, 4^e trim., p. 333 et s.) : « ...dans les intentions des tribunaux, la remise du titre est destinée à établir une concordance aussi étroite que possible entre le gage des créances et le gage des meubles corporels : la possession du gagiste se traduit dans les faits par la détention matérielle du titre de la créance engagée. Une habile symétrie est ainsi obtenue. Ce n'est sans doute que d'une fausse apparence et ce serait ici le lieu de citer la phrase célèbre de Pascal sur les fausses fenêtres. Le Législateur de 1804, puis la jurisprudence, ont recherché une corrélation là où il aurait fallu poser une distinction. Le problème qui provoquait déjà les hésitations de Pothier ne pouvait pas recevoir de solution satisfaisante parce qu'à notre avis du moins, il est insoluble. Il est impossible de mettre le gagiste en possession de la créance engagée pour cette raison péremptoire qu'au sens technique du mot, il n'y a pas de possession des créances. L'expression se trouve, il est vrai, dans l'art. 1240 C. civ., mais elle y prend une signification particulière : celui-là est possesseur d'une créance qui est considéré par tous comme le véritable

Si toutefois la formalité de la remise du titre doit être maintenue par la loi positive, elle ne peut l'être que par des *considérations d'ordre pratique*, pour donner plus d'efficacité à la sûreté du créancier par rapport à certaines manœuvres possibles de son débiteur (16) ; il est cependant certain que son fondement juridique ne doit et ne peut être trouvé dans la nature du droit appartenant au créancier gagiste d'une créance, car il n'y a aucun lien juridique entre cette exigence et la nature du droit de créance.

Une autre question qui relève de la technique de l'institution mais qui est intimement liée à la nature qu'on assigne au gage d'une créance, est celle des moyens dont dispose à l'échéance le créancier pour obtenir satisfaction. Les partisans de la théorie de la réalité, qui assimilent le gage d'une créance à celui d'une chose corporelle, refusent d'accorder au créancier gagiste d'une créance d'autres moyens que ceux communément admis pour le cas du gage d'une chose corporelle et dont le plus important est le *jus*

créancier. A strictement parler, *la possession d'une créance n'est qu'une figure de langage, une formule imagée qui désigne la possibilité pratique d'exercer un droit de créance. Quand donc une créance est donnée en gage, le résultat désiré est obtenu dès lors que le gagiste est mis en mesure d'user des prérogatives inhérentes à sa qualité à l'égard du débiteur de la créance engagée et, d'une manière générale, à l'égard des tiers. Il comporte d'écarter l'analogie trompeuse de la possession des meubles corporels.* » — Et par ailleurs (loc. cit., p. 342) : « ...il est évident que la détention du titre ne correspond pas réellement à la détention du meuble corporel. Le titre n'est qu'un moyen de preuve. L'analyse juridique opère une distinction entre le droit, pure abstraction, et l'*instrumentum* qui permet d'en établir l'existence. Le droit ne s'incorpore pas dans le titre, si ce n'est dans l'hypothèse du titre au porteur. Ce n'est donc pas avoir une maîtrise utile sur la créance que d'en avoir le titre en mains. *La détention matérielle du titre est, en soi, un fait neutre, sans conséquence juridique précise. C'est par la signification (ou son équivalent) que le gagiste est investi de ses droits à l'égard des tiers et tout d'abord du débiteur de la créance engagée. Cette formalité est à la fois nécessaire et suffisante.* » — Voir encore, dans le même sens, PLANIOL, RIPERT et BECQUE, *op. et loc. cit.*, et PLANIOL, RIPERT et PICARD, *Traité pratique*, III (« Les biens »), Paris, 1926, N° 144.

(16) Cf. le prof. BOULANGER, *loc. cit.*, p. 342.

distrahendi (17). Leur refus se base tantôt sur des considérations découlant de la nature réelle assignée à l'institution, tantôt, au contraire, sur des considérations de méfiance à l'égard du créancier (interdiction du pacte commissaire).

Or le gage d'une créance offre de par sa nature un moyen de réalisation propre et infiniment plus commode, à savoir, le *jus exigendi* ou droit de poursuivre le recouvrement de la créance directement contre le tiers débiteur et de retenir sur la somme ainsi recouverte, lorsqu'il s'agit d'une créance ayant pour objet une somme d'argent, une partie correspondant au montant de la créance garantie.

Ce moyen reconnu par le droit romain comme spécifique du gage des créances, est par contre banni de la législation positive et combattu aussi bien par la doctrine qui partage la théorie de la réalité, que par la jurisprudence. Ceci est une des graves conséquences découlant du système qui assigne au droit de gage sur créance la nature d'un droit réel et qui l'assujettit par conséquent au statut juridique du gage d'une chose corporelle (18).

(17) Cf. CLAPS, *op. et loc. cit.*, VII, p. 430 : « Senonchè, anche qui, ad escludere per dritto nostro il concetto della *cessio pignoris causa*, non è neppure necessario risalire all'indagine dell'oggetto del pegno : basta la considerazione già fatta, e ritenuta dalla maggioranza della dottrina e della giurisprudenza, che il nostro codice non consente al creditore pignoratorio il *jus exigendi*, e egli dà invece soltanto il *jus distrahendi* ».

(18) Le prof. BOULANGER, dans son *Rapport à la Soc. d'Et. Législ.*, se prononce en faveur de l'octroi de cette faculté au créancier gagiste d'une créance, *loc. cit.*, p. 352 : « Lorsque ... la sûreté consiste en une créance, la raison d'une telle politique préventive (les formalités découlant de l'interdiction du pacte commissaire) disparaît, ou du moins peut disparaître. Il en est ainsi lorsque l'attribution doit avoir lieu au bénéfice du gagiste, sur le pied de la valeur nominale de la créance engagée. L'opération n'est plus susceptible de léser celui qui a constitué le gage. On assiste à une sorte de novation par changement de débiteur. Le gagiste n'ayant pu obtenir son paiement devient, dans la mesure de ses droits, titulaire d'un nouveau rapport obligatoire. L'attribution de la créance engagée éteint à due concurrence la créance garantie. ...C'est précisément en ce sens que se sont orientés les efforts de la pratique. Cessions et délégations conditionnelles à titre de garantie trouvent ici leur explication. »

II. 9. — Dans ce qui précède nous avons considéré exclusivement la conception d'une partie de la doctrine de la réalité — défendue du reste par la grande majorité des auteurs « réalistes » — qui s'accorde encore à faire une distinction entre le gage d'une chose corporelle et celui des droits, quant à la nature des objets sur lesquels ils portent. Le gage d'un meuble corporel porterait, comme tout droit réel principal, sur une chose matérielle et non pas sur le droit de propriété qui l'affecte. Il saisirait donc avec une maîtrise matérielle immédiate une chose du monde physique. Par contre, le gage des droits, et notamment celui d'une créance, ne porterait que sur une chose abstraite, une création de l'esprit : le droit considéré comme « chose incorporelle ». L'objet de ce droit réel de gage ne serait pas l'objet matériel lointain du droit inférieur, mais ce droit inférieur lui-même. Le rapport de la réalité ne se traduirait donc plus dans ce cas par une emprise physique immédiate sur la chose, mais seulement par un pouvoir, toujours immédiat, de nature idéale et abstraite.

Dans ce qui suit nous allons analyser deux opinions relevant toujours de la théorie de la réalité mais qui, contrairement à la doctrine précédente, fondent le système unitaire du droit de gage sur une identité d'objet dans tous les cas.

Dans une première opinion — celle de Bremer — l'objet du droit réel de gage serait toujours une « chose incorporelle » — le droit — même dans le cas du gage portant sur un meuble corporel.

Dans une seconde opinion — celle d'Exner — l'objet du droit réel de gage serait, par contre, toujours une chose corporelle, même dans le cas du gage portant sur une créance.

10. — *L'objet du droit réel de gage serait toujours un droit.* — L'auteur allemand Bremer (19) dans le but évi-

(19) *Op. cit.*

dent de donner au concept du gage une physionomie complètement unitaire quant à son contenu et quant à sa forme, a prétendu que l'objet du droit réel de gage serait dans tous les cas un droit.

Cette conception n'étonne nullement pour ce qui est du gage des droits. L'auteur est d'accord à ce propos avec les autres partisans de la réalité. Mais il en diffère dès qu'il s'agit du gage d'une chose corporelle, car même dans ce cas-ci le droit ne porterait pas sur le *corpus*, mais bien sur le droit de propriété lui-même.

Le pouvoir juridique du créancier gagiste ne peut pas porter sur la chose physique, dit Bremer, car ce pouvoir ne se rapporte point à la matérialité de la chose, aux utilités et à la jouissance qu'elle peut procurer. C'est par là que le droit de gage diffère des autres droits réels, tel l'usufruit ou le droit de servitude, qui eux portent, au contraire, sur la chose corporelle et tendent à en tirer les utilités matérielles qu'elle est susceptible de procurer.

Si le gage d'une chose corporelle touche tout de même en dernière analyse l'objet matériel, étant donné qu'il tend à la satisfaction du créancier sur la valeur de cet objet, cela ne peut se faire que d'une façon *médiate*, par l'intermédiaire du droit assujetti.

Ainsi le gage serait, d'après Bremer, « un droit réel portant sur le droit patrimonial d'autrui, en vertu duquel le créancier gagiste a le pouvoir de s'approprier la valeur de l'objet donné en gage jusqu'à la concurrence de sa propre créance » (20) (21).

(20) *Op. cit.*, p. 119.

(21) Cette conception qui voit dans le gage d'une chose corporelle un droit sur un droit a été soutenue récemment encore par des auteurs français. Ceux-ci considèrent que les droits de garantie réelle (gage, hypothèque) sont des *droits de second degré*, portant non pas sur la matérialité de la chose, mais sur le droit de propriété lui-même. Leur opinion est basée sur une distinction, souvent non avouée, entre la *propriété juridique* et la *propriété matérielle*, la seconde —

La conception de Bremer n'est ni historiquement ni juridiquement soutenable.

Il est absolument certain que le droit romain considérait le gage d'une chose corporelle — au même titre que les autres droits réels — comme un droit portant sur la chose elle-même dans sa *réalité matérielle*, et non pas sur le droit de propriété. Le contrat de gage se formait par la tradition de la chose entre les mains du créancier. La *possession*, expression matérielle du droit réel, était un élément de toute première importance dans le gage romain. Ce caractère de réalité dans l'assujettissement matériel de l'objet physique du gage s'est d'ailleurs traditionnellement conservé jusqu'à nos jours.

Au point de vue des principes juridiques, le droit de gage portant sur une chose corporelle est, croyons-nous, un droit réel dont la réalité, dans l'acception de soumission physique d'un *corpus* au pouvoir du titulaire, ne peut être mis en doute. Et comme nous le dirons par ailleurs (22), un droit réel ne peut avoir pour objet qu'une chose du monde physique qui est susceptible d'une appréhension immédiate se traduisant juridiquement dans la possession corporelle.

En réalité, Bremer — qui poursuit un but d'unification totale de l'institution du gage même au préjudice de

qui serait le droit de propriété proprement dit — comportant la jouissance des utilités matérielles de la chose, tandis que la première — droit de second degré portant sur la propriété matérielle — s'analysant en une faculté d'accomplir des actes juridiques de disposition. Ainsi, les droits réels de jouissance, tel l'usufruit ou la servitude, seraient des démembrements de la propriété matérielle, alors que les droits réels de garantie se grefferaient sur cette propriété matérielle elle-même. Cf. PLANIOL, RIPERT et BECQUE, *op. cit.*, N° 3, et PLANIOL et RIPERT, *Traité élémentaire*, 11^e édit., Paris, 1928-32, II, N° 2429. De même, PRODAN, *Essai d'une théorie générale des droits réels*, thèse, Paris, 1909, p. 154 et s. Voir pour l'exposé détaillé de cette conception et pour sa critique, QUINCARLET, *La notion de gage en Droit privé français*, thèse, Bordeaux, 1937, p. 387 et s. et 410 et s.

(22) Voir *infra*, Deuxième partie, le chapitre sur « La réalité et la personnalité des droits ».

certaines principes d'une vérité élémentaire — croit pouvoir baser son système sur l'observation, qu'il y a entre le droit réel de gage et les droits réels de jouissance (usufruit, servitude) une différence de structure : alors que les derniers droits procurent à leur titulaire une jouissance d'ordre matériel immédiate, le premier se bornerait à l'expectative d'une aliénation qui procurerait au créancier une satisfaction subsidiaire sur la valeur de l'objet ainsi liquidé.

Cependant, nous croyons que parmi les prérogatives et les utilités du droit de propriété il n'y a pas que des utilités matérielles de jouissance immédiate. Il y a aussi cette autre utilité qui se traduit dans la faculté de pouvoir liquider la valeur patrimoniale de l'objet par une aliénation. Il n'y a donc pas lieu de faire de discrimination entre ces différentes utilités et de dire que pour certaines d'entre elles qui correspondent au contenu d'un certain droit réel, il s'agit d'un démembrement du droit de propriété et que l'objet en serait toujours la chose matérielle, tandis que pour d'autres utilités qui correspondent au contenu du droit de garantie, il ne s'agirait plus d'un démembrement mais d'un droit portant sur un droit et que l'objet n'en serait plus la chose matérielle.

Enfin cette conception qui élargit le domaine d'application de la notion de « chose incorporelle » en tant qu'objet de droit, doit être critiquée à ce titre et avec plus de raison encore que toutes les autres conceptions qui font appel à cette notion ou à la notion équivalente de « droits sur droits » (23).

11. — *L'objet du droit réel de gage serait toujours une chose corporelle.* — Une des théories les plus intéressantes et les plus fondées sur la nature du gage des créan-

(23) Voir dans la deuxième partie, le chapitre sur « La notion des choses incorporelles et celle des droits sur droits ».

ces est certainement celle d'Exner (24). Elle diffère essentiellement de toutes les théories de la réalité qui se fondent sur la notion des « droits sur droits » pour expliquer la construction juridique du gage des droits et spécialement celle du gage d'une créance. Exner ne peut pas concevoir qu'un droit réel puisse porter sur un droit de créance, comme le pensent tous les partisans de la théorie de la réalité. Si toutefois nous avons cru devoir placer cette conception parmi celles qui voient dans le gage toujours un droit réel, c'est que son auteur parvient à l'aide d'une analyse subtile, à réduire le gage d'une créance — droit de nature obligatoire dans la première phase de son existence — à un droit réel sur chose corporelle, qui n'est autre que l'objet du droit de créance lui-même. Exner assigne ainsi au concept du droit de gage une unité totale, car il s'agirait dans tous les cas d'un droit réel ayant pour objet une chose du monde physique.

Dans la partie critique de son ouvrage Exner combat avec force la conception des « droits sur droits », qu'il trouve être en contradiction totale avec la définition du droit subjectif. Il est impossible de détacher le rapport idéal qu'on appelle droit de son objet et de l'assimiler aux choses corporelles (25).

Pour Exner, comme pour d'autres auteurs allemands (26), le gage, qu'il porte sur une chose corporelle ou sur un droit, opère non pas une succession translatrice de droit, mais une *succession constitutive* (« Konstitutiver Rechtsübergang »). Ceci veut dire que le droit constitué n'est pas de même contenu que le droit initial, il n'est pas non plus

(24) *Kritik des Pfandrechtsbegriffes nach römischem Recht*, Leipzig, 1873. Voir aussi l'analyse très judicieuse de la conception d'Exner, faite par BEKKER, dans : *Kritischer Vierteljahresschrift für Gesetzgebung u. Rechtswissenschaft*, XV, p. 533-543.

(25) Voir *infra*, dans la deuxième partie, la critique d'Exner sur la notion des « choses incorporelles » et celle des « droits sur droits ».

(26) Cf. BEKKER, et von TUHR ; voir *infra* : « La théorie de la succession constitutive ».

greffé sur celui-ci, mais par contre *il en dérive* ; c'est-à-dire que le contenu du droit constitué, quoique de même nature que le contenu du droit initial, est moins étendu que ce dernier. Nous reviendrons plus loin, dans la partie réservée à la théorie de la *succession constitutive*, sur l'analyse approfondie de cette conception.

Historiquement, Exner fait dériver le *pignus nominis* du *pignus rei debitaë*, le gage de la chose due. Dans cette sorte de gage que les jurisconsultes romains ont reconnue comme valable, le débiteur donne en gage une certaine chose qui lui est due. Or, Exner prétend que dans les sources romaines l'objet de la prestation du droit de créance qui est engagé dans le cas du *pignus nominis*, est invariablement une chose corporelle. Il ne s'agirait donc dans ce cas encore que d'un *pignus rei debitaë*, mais engrené dans une construction plus complexe, celle du gage des créances, qui offrirait en même temps au créancier les moyens juridiques pour poursuivre la réalisation de son droit de gage sur la chose due, par l'accomplissement de l'obligation qui l'inclut. Par conséquent, la seule différence entre les deux institutions serait que dans le *pignus rei debitaë* le gage porterait dès la conclusion du contrat sur une chose corporelle, tandis que dans le *pignus nominis* le gage d'un *corpus* se trouverait seulement *en puissance* à l'intérieur d'une construction de nature obligatoire.

Le gage d'une créance, comme le gage d'une chose corporelle, serait donc d'après Exner un droit réel, car « tout droit de gage frappe avec une force réelle immédiate une chose corporelle, quelle que soit la diversité avec laquelle cette force réelle est déployée et pouvant même être quelquefois latente » (27).

Exner distingue ainsi deux côtés dans la construction complexe du gage d'une créance : un *côté personnel* (« die obligationenrechtliche Seite der Forderungsverpfändung ») et un *côté réel* (« die dingliche Wirkung der Forderungs-

(27) *Op. cit.*, p. 189.

verpfändung »). Le côté réel est essentiel pour la nature du gage d'une créance car il s'agit d'un *gage anticipé sur la chose due*. Par contre, le côté personnel n'est que le *moyen juridique* pour la réalisation du gage. Le créancier gagiste obtient la créance et les moyens de la réaliser à l'aide d'une *cessio pignoris causa*, qui diffère essentiellement de la cession ordinaire par le but qui est poursuivi ; cette dernière transmet la pleine titularité d'un droit de créance, tandis que la première ne transfère que la faculté de poursuivre le tiers débiteur pour le recouvrement de la chose corporelle, objet ultime du droit de gage (28).

Exner base cette conception sur la faculté accordée par les sources au créancier gagiste de poursuivre directement le tiers débiteur : le *jus exigendi*. C'est cette faculté qui constituerait l'élément caractéristique du *pignus nominis*, tandis que le *jus distrahendi* ne serait pas une conséquence nécessaire de la nature de ce droit, mais seulement une autre possibilité de satisfaction du créancier, convenue au début par les parties et sous-entendue dans tous les cas par la suite.

Nous n'allons pas nous arrêter au cours des observations critiques suivantes, sur les considérations historiques qu'Exner met à la base de son système. Que le *jus exigendi* soit antérieur ou postérieur au *jus distrahendi*, cela n'a pas beaucoup d'importance pour le sujet que nous traitons, à savoir : la nature juridique rationnelle du gage des créances (29).

Dans son ensemble la conception d'Exner est judi-

(28) *Op. cit.*, p. 136 : « Es entsteht zunächst eventuelles Pfandrecht am sachlichen Inhalt der Forderung, und dieses perficiert sich von selbst, sobald sein Gegenstand unmittelbar oder mittelbar in das Vermögen des Verpfänders eintritt ».

(29) Voir pour l'exposé critique de ces considérations d'ordre historique, ainsi que pour l'ensemble de la conception d'Exner : BEKKER, *loc. cit.* et CLAPS, *loc. cit.*, chap. III. Ce dernier se place au point de vue de la réalité du gage des créances.

cieuse et l'analyse qu'il fait de la construction complexe du gage d'une créance est très suggestive.

Ce qu'Exner appelle le premier côté du gage d'une créance ne peut être, de toute évidence, qu'une construction de nature obligatoire. Le droit du créancier gagiste contre le tiers débiteur ne peut être qu'un droit de même nature que celui appartenant à son débiteur. La construction juridique à l'aide de laquelle ce droit est octroyé ne peut être que celle dont on se sert pour la transmission des droits de cette nature, à savoir : la *cession*. Elle est conditionnée cependant par le but de la convention de gage et c'est pourquoi il ne peut s'agir que d'une *cession à titre de gage*. Le droit qu'elle transmet, quoique de même nature que le droit initial, a un contenu d'intensité moindre.

De même il est incontestable que si la prestation due a pour objet une chose corporelle, son exécution aura pour effet la constitution d'un droit réel de gage portant sur cette chose corporelle, au profit du créancier gagiste.

Seulement nous pensons, contrairement à Exner, que cette seconde phase est sans rapport avec la nature juridique intime du gage d'une créance. Elle est inhérente aux droits d'obligation dont l'objet consiste dans une *certa res*. Les droits d'obligation de cette espèce ont pour effet, sans exception, la transmission ou la constitution de droits réels sur des choses corporelles. Ainsi le cessionnaire d'une créance ayant comme objet le transfert d'une chose corporelle, obtiendra-t-il sans aucun doute en exerçant son droit la propriété de cette chose corporelle. Mais ceci n'a pas de rapport avec la nature juridique de son droit initial qui reste un droit de créance.

Les deux droits sont foncièrement distincts et ne participent nullement à la vie d'une même institution juridique. Les droits absolus succèdent aux droits relatifs, mais encore faut-il pour cela que ces derniers soient exercés et qu'ils soient consommés. Avant cela on se trouve en présence d'un droit de nature obligatoire qui trouve sa raison d'être en lui-même et qui durant sa vie et jusqu'à son ac-

complissement, qui coïncide avec sa disparition, ne peut pas être influencé par la nature du droit qui naît à sa place.

Il y a un parallélisme fonctionnel entre le droit de propriété et le droit de créance, comme il y en a un entre le gage d'une chose corporelle et celui d'une créance. Mais tandis que les uns se placent sur le terrain de la réalité et obéissent aux règles de cette théorie, les autres se placent sur celui de la personnalité et sont soumis à la condition juridique des droits d'obligation.

CHAPITRE II

THÉORIES INTERMÉDIAIRES

SOMMAIRE. — 12. Les différentes théories intermédiaires. — 13. L'*obligatio rei*. Théorie de Büchel. — 14. Le gage conçu comme rapport de sûreté d'une nature particulière. Théorie de Demelius. — 15. Le gage conçu comme droit à la valeur patrimoniale de la chose grevée. Unité quant à son contenu et variation quant à sa forme. Théorie de Sohm.

12. — Nous appelons *intermédiaires* les conceptions ci-après vu qu'elles se placent au point de vue de l'unité de l'institution du gage, à mi-chemin entre les théories de la réalité et celles de la personnalité. Contrairement aux théories qui précèdent, celles-ci se refusent d'admettre l'idée d'une unité totale de l'institution du gage. L'unité de cette institution se limiterait à une *acception particulière de la structure juridique spécifique* du droit de gage, qui serait toujours la même dans tous ses cas d'application.

Ainsi pour Büchel, l'unité du concept serait exprimée par l'idée (très arriérée) de l'*obligatio rei*. Pour Demelius, l'unité doit être cherchée dans la nature *sui generis* des « rapports de sûreté », dont, entre autres, ferait partie le gage. Pour Sohm enfin, il s'agit d'une catégorie spécifique de droits : toujours identiques dans leur contenu — *droits à une valeur patrimoniale* — mais différenciés dans les formes d'expression de ce contenu qui peut se manifester aussi bien sur le terrain de la réalité que sur celui de la personnalité.

13. — *L'obligatio rei. Théorie de Büchel.* — Cette théorie a été principalement formulée par Büchel (1). Cet auteur trouve réalisée l'unité du droit de gage dans un concept spécial de ce droit : il s'agirait d'un droit de créance où le rôle du sujet passif est tenu par la chose elle-même. Les rapports obligatoires seraient en effet, selon Büchel, de deux sortes : tantôt le sujet passif serait une personne — *obligatio personae* — tantôt, par contre, une chose — *obligatio rei*. L'auteur trouve cette dernière expression dans les sources romaines (2). Pour bien distinguer les deux sortes de droits de créance, Büchel appelle celui où c'est la chose qui est obligée : *droit réel de créance* (« dingliches Forderungsrecht »). Il parvient de cette façon à éluder la difficulté juridique de la construction d'un droit réel sur un droit personnel, puisque le gage serait dans tous les cas un droit personnel.

Cependant, vu que d'après les mêmes sources romaines, le créancier gagiste recevait au moment de l'action certaines prérogatives qui tenaient du droit réel, comme par exemple la possession de la chose, du moins quand il s'agissait d'un gage portant sur une chose corporelle, Büchel assigne au droit de gage un caractère de réalité limitée, restreinte à la période où se manifestent ces prérogatives, c'est-à-dire à partir du moment où l'action de gage est intentée (3).

(1) *Civilrechtliche Erörterungen* (« Ueber die Natur des Pfandrechts »), 1^{re} et 2^e édit., Marburg, 1833-1847, p. 120 et s. (2^e édit.).

(2) Celles-ci parlent par exemple de : *rem pignoris vel hypothecae jure obligare*, ou *res pignoris causa obligata est*, ou bien *rem in obligationem deducere* et par ailleurs *rem obstringere*.

(3) La théorie de l'*obligatio rei* a été reprise, parfois avec certaines modifications, par d'autres auteurs, notamment : SINTENIS, *Pfandrechtliche Streitfragen*, Zerbst u. Leipzig, 1835, p. 5 et *Handbuch des gemeinen Pfandrechts*, Halle, 1836, § 2. Cet auteur, tout en considérant le rapport comme obligatoire, met à la place de la chose en tant que sujet passif du rapport, chaque propriétaire successif de celle-ci. — HUSCHE, *Lindes Zeitschrift*, XX, p. 221 et s. — VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, 7^e édit., Marburg u. Leipzig,

Il est facile d'apercevoir le mal fondé de cette théorie (4). En ce qui concerne le droit romain, celui-ci n'a jamais considéré le *pignus* comme étant de nature obligatoire. C'était un *jus in re* et la convention de gage était un des contrats *re* les plus spécifiques. S'il était encore nécessaire d'insister sur cette évidence, rien ne serait plus facile que d'opposer, avec Dernburg (5), au prétendu concept personnel, les traits saillants de notre institution. Contentons-nous de remarquer que l'un des arguments principaux sur lesquels se base la théorie de l'*obligatio rei*, à savoir, que le gage ne comportait pas de possession avant l'échéance de la dette garantie et que, par conséquent, il ne pouvait être avant ce moment qu'un simple droit d'obligation, ne correspond pas à la vérité historique. On raisonne en effet, par analogie avec le droit des créances : puisque la pratique romaine n'aurait pas envisagé la possibilité d'une *possessio juris* du droit de gage, on se trouverait dans une situation identique au droit des créances, vu que les Romains n'ont jamais admis la possession d'un pareil droit. L'argument est sans valeur : il ne prouve pas l'analogie, mais plutôt l'antonomie des deux institutions, car le *pignus* comportait presque toujours dès le moment du contrat une *possessio corporis* caractéristique du droit réel et qui était inconcevable pour un droit de créance (6). C'était non pas le gage mais

1863-69, § 363. — BRENZ, *Lehrbuch der Pandekten*, 7 vol. Erlangen, 1873-1892, II, p. 1 et s. et p. 835 et s., substitue au terme d'*obligatio*, celui de « Haftung », ce qui revient au même.

(4) Pour les critiques de la conception de l'*obligatio rei*, voir : DERNBURG, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts*, 2 vol., Leipzig, 1860-1864, I, §§ 12 et 13. — PUCHTA, *Institutionen*, 8^e édit., 2 vol., Leipzig, 1875, II, § 249, note 6. — CHIRONI, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, 1^{re} édit., Torino, 1894, I, p. 56, n. 1, p. 58, n. 2, p. 69-71 (il en existe une seconde édit., Torino 1918).

(5) *Op. et loc. cit.*

(6) DERNBURG, *op. cit.*, p. 113-114 : « Auch den Umstand hat man von Seite der Gegner zu benutzen gesucht, dass die römische Jurisprudenz dem Pfandgläubiger den Besitz seines Rechts nirgends zuerkennt, wie der Besitz eines Forderungsrechts dem römischen

l'hypothèque qui ne comportait pas de possession avant que soit intentée l'action, or il est incontestable que celle-ci n'en était pas moins un droit réel.

Pour ce qui est de l'idée centrale de Büchel, à savoir, la chose considérée comme *sujet obligé*, on doit remarquer qu'elle va à l'encontre des principes élémentaires qui sont à la base du droit. La chose ne peut pas être considérée comme sujet de droit, car elle en est l'objet. Le pouvoir, côté actif du droit, s'exerce non pas à l'encontre des choses, mais des personnes, qui subissent du fait de cet exercice une contrainte corrélatrice : l'obligation, côté passif du droit. Ce pouvoir et ce devoir se disputent justement la maîtrise des choses qui en sont les objets.

Par ailleurs, et cette observation s'adresse spécialement à la conception de Büchel, un droit qui serait d'abord de nature obligatoire et qui deviendrait par la suite, au moment de l'action, un droit réel, est une construction absolument hybride. La prétendue existence d'un droit *mi-personnel* et *mi-réel* va à l'encontre de la classification traditionnelle des droits en réels et personnels. Enfin, les caractères de ces deux sortes de droits sont tellement différents qu'on ne peut pas envisager la possibilité d'une construction qui épouserait tour à tour des caractères aussi nettement distincts.

Ce n'est pas résoudre le problème, certes délicat, de la

Recht völlig unbekannt ist. Bei genauerer Betrachtung möchte gerade dieses Verhältniss statt Uebereinstimmung die principielle Verschiedenheit der Institute erweisen. Denn der Pfandgläubiger hat — nicht selten schon vor Fälligwerden der Schuld, stets aber nachher — das Recht auf den Besitz des Pfandobjekts, auf eine *corporis possessio*. Ein Besitzrecht an der Person des Schuldners aber, der uns zu einer Leistung verpflichtet ist, ist in keiner Weise denkbar. Da nun der Pfandgläubiger als juristischer Besitzer der Pfandsache behandelt wird, da er in Folge dessen durch die possessorischen Interdicte geschützt ist, so bedurfte es der künstlichen Annahme eines Quasibesitzes nicht, wie auch der *Eigenthümer der Sache* nicht etwa neben seiner *corporis possessio* einen Quasibesitz seines Rechts beanspruchte ».

nature du droit de gage, que de démolir les assises les plus solides du droit, pour les remplacer par des constructions artificielles et fausses comme celle d'une *chose obligée* ou celle d'un droit *mi-réel, mi-personnel*. Nous estimons, par contre, que la solution doit être trouvée à l'intérieur même des principes fondamentaux que les Romains nous ont transmis et que nous avons conservés comme fondement de toutes nos institutions juridiques.

Si les Romains ont employé le mot *obligatio* là où il s'agissait du droit de gage, ils l'ont fait, comme le dit très bien Chironi (7), pour préciser une certaine analogie qui en fait existe entre les deux institutions : toutes les deux tendent à l'obtention d'une valeur patrimoniale, la première par l'intermédiaire d'une personne obligée qui doit faire la prestation de la valeur, la seconde à l'aide d'une maîtrise directe sur la chose qui renferme en elle cette valeur. S'il existe donc une certaine analogie entre leurs buts, les moyens pour les réaliser sont, par contre, totalement différents.

14. — *Le gage conçu comme rapport de sûreté d'une nature particulière. Théorie de Demelius.* — La théorie que nous abordons n'a rien de commun avec celles qui précèdent ou celles qui vont suivre. Elle trouve son originalité dans une conception particulière de la nature du droit de gage en général.

Pour l'auteur autrichien Demelius (8), le gage n'a pas

(7) *Op. cit.*, p. 58, note 2 : « Per certo che nella mente dei Giureconsulti romani questa locuzione (*obligatio rei*) non significasse la esistenza di un vero rapporto di *obbligazione*, dove la *cosa* fosse soggetto passivo : era adoperata per designar meglio la relazione diretta del creditore verso la cosa *a fin di ottenere il valore dedotto nella prestazione*. E termine che indica l'analogia fra i due rapporti ; e che dimostra come il concetto fondamentale dovesse esser quello che è qui chiamato *alienazione* del valore.

(8) *Das Pfandrecht an beweglichen Sachen nach österreichischem bürgerlichem Recht*, Wien u. Leipzig, 1897.

la nature d'un droit patrimonial, c'est-à-dire d'un des droits des deux catégories fondamentales, donnés pour la jouissance actuelle ou future d'une chose.

Les droits de garantie réelle, comme les droits de garantie personnelle, ne seraient selon cet auteur que des *droits accessoires* d'un droit d'obligation, poursuivant un but économique identique et qu'on pourrait placer dans une même catégorie que Demelius propose d'appeler « rapports de sûreté ».

En effet, parmi les droits patrimoniaux, les uns confèrent à leur titulaire un pouvoir immédiat sur une chose corporelle, ce qui leur permet la *jouissance actuelle* des utilités de la chose ; ce sont les droits réels. Les autres, les droits d'obligation, confèrent seulement un pouvoir médiat, à travers la prestation d'une personne obligée, et la jouissance matérielle n'est qu'*éventuelle*, c'est-à-dire qu'elle aura lieu une fois la prestation accomplie. Tous les droits patrimoniaux ont en dernier lieu pour objet un bien matériel ; cependant, celui-ci est touché tantôt d'une façon directe, tantôt seulement d'une façon indirecte. Dans ce dernier cas l'objet matériel est atteint par l'intermédiaire d'un objet juridique : la prestation. Ainsi le droit de créance aurait-il deux objets : l'un apparent, la prestation, et l'autre réel, l'objet matériel de la prestation.

Le droit de gage ne s'apparente à aucun des deux groupes de droits patrimoniaux, car il n'est pas donné pour la jouissance d'une chose, mais seulement pour offrir une satisfaction subsidiaire au créancier en cas de non-satisfaction à l'échéance. C'est un droit *sui generis* qui est l'accessoire d'un droit d'obligation, et dont la vie est conditionnée par celle du droit principal autonome.

On ne peut donc en aucun cas parler d'un droit réel de gage, car les droits réels sont des droits autonomes, donnés pour la jouissance d'une chose. La nécessité de la mise en possession qui pourrait servir d'argument à la thèse contraire, ne caractérise pas la réalité du droit ; elle constitue seulement une mesure d'efficacité en plus. Du reste, la fin

de garantie pourrait fort bien être atteinte sans le transfert de la possession; par une simple interdiction d'aliéner.

Ce concept du droit de gage — *droit accessoire d'une nature particulière* — aurait le mérite de permettre juridiquement la constitution d'un gage sur un droit de créance. Il ne s'agirait pas dans ce cas d'un droit réel portant sur un droit personnel, car le gage n'est pas de nature réelle. Le véritable objet dans le gage d'une créance, est l'objet lointain qu'on obtient par la prestation. La créance en soi ne serait que l'objet *apparent*, intermédiaire entre le titulaire et l'objet final. Ainsi pour Demelius le problème de l'unité du droit de gage trouverait satisfaction dans une nature spéciale assignée au droit de gage et qui conviendrait aussi bien au gage d'une chose corporelle qu'à celui d'un droit de créance.

Il est certain que la conception de Demelius est historiquement faussée. Le droit romain a toujours considéré le *pignus* comme un des droits réels types, et la conception romaine s'est perpétuée jusqu'à nos jours.

Ce qui a déterminé Demelius à considérer le gage comme un droit *sui generis*, distinct des droits réels et personnels, c'est son impression que ce droit n'aurait point pour but la jouissance d'une chose, c'est-à-dire des utilités matérielles qu'elle est susceptible de procurer comme c'est le cas pour les droits patrimoniaux, mais que le droit de gage serait caractérisé uniquement et intimement par cette sorte d'automatisme qui assure une satisfaction subsidiaire dès que le droit principal dont il dépend, n'a pas reçu satisfaction.

Mais une chose est susceptible de procurer des utilités d'ordre différent : les unes matérielles et immédiates, les autres également matérielles mais obtenues à travers l'exercice de certaines facultés juridiques, car la chose est susceptible d'être convertie en argent au moyen d'une aliénation ou par un autre procédé quelconque. Le propriétaire d'une chose, au lieu de s'en servir matériellement, peut la vendre. Il en jouit dans les deux cas. On ne peut donc pas

prétendre légitimement que la possibilité d'aliéner une chose pour en tirer de l'argent n'est pas une faculté suffisante pour donner au droit le contenu et les caractères d'un vrai droit patrimonial.

Du reste, il ne suffit pas de créer une troisième catégorie de droits, il faut aussi préciser les caractères spécifiques des droits qui en font partie, et qui les distinguent de ceux des deux autres catégories. Or, en dehors de leur caractère de droits accessoires, Demelius n'assigne aucun autre caractère aux droits de cette catégorie *sui generis*. Mais les servitudes sont aussi les accessoires d'un droit réel. Cela ne les empêche pourtant pas d'être de véritables droits patrimoniaux.

En réalité, les droits de garantie réelle participent de la nature juridique de l'un ou de l'autre des deux groupes principaux, selon la nature de l'objet qui leur est assujéti. Les seuls éléments qui les distinguent des droits principaux résident dans leur contenu fonctionnellement différencié, ainsi que dans leur caractère de dépendance d'un autre droit.

15. — *Le gage conçu comme droit à la valeur patrimoniale de la chose grevée. Unité quant à son contenu et variation quant à sa forme. Théorie de Sohm.* — Avec cette théorie nous abordons une conception nouvelle : celle qui voit dans le gage un droit à la *valeur patrimoniale* de son objet, chose ou droit. C'est autour de ce noyau que se réaliserait l'unité de l'institution du gage. Ce serait le seul élément commun, au point de vue du *contenu*, la seule qualité requise des différentes choses, au sens large du mot, pour être objets du droit de gage. Choses corporelles et droits (droits de créance par exemple) sont — en tant qu'ils incluent une valeur patrimoniale — parfaitement susceptibles d'être donnés en gage(9). La forme dans laquelle s'extérioriserait le droit de gage serait cependant différente suivant la nature juridique de son objet.

(9) C'était déjà l'unique condition générale posée par les Romains : *Quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignoralionem recipere potest* (Gaius, *D.* 20,1, de pign. 9,1).

C'est, à notre sens, Sohm qui a donné le plus d'éclat à cette conception, dans un ouvrage remarquable de logique et de précision (10). Il commence par dire « qu'on a essayé récemment (11) de rendre indépendant le concept du droit de gage de la *forme* particulière où il apparaît en tant que droit de gage sur une chose ». C'est aussi la voie qu'il va suivre « car elle est la seule qui mène au vrai but ».

A cette fin il repasse la classification des droits patrimoniaux. Il y aurait, à son avis, trois catégories de droits : deux fondamentales et une intermédiaire.

Dans la *première* catégorie il place les droits *sur un objet* (« Rechte *an* einem Object »). Ce sont des droits sur une chose corporelle. Au point de vue de la *forme*, ces droits embrassent avec un pouvoir réel immédiat la chose qui est assujettie dès à présent à la volonté du titulaire. Au point de vue du *contenu* ces droits tendent à tirer de la chose même, en tant qu'individualité corporelle, leur satisfaction. A la maîtrise formelle correspond donc une série de prérogatives matérielles de jouissance actuelle sur la chose. Ces droits sont donc, aussi bien au point de vue de la forme que du contenu, des droits *sur un objet*. Leur forme et leur contenu sont parfaitement calqués l'un sur l'autre. Font partie de cette catégorie, le plus grand nombre des droits réels de jouissance : propriété, emphytéose, servitude, etc.

Dans une *seconde* catégorie se trouvent les droits à un objet (« Rechte *auf* ein Object »), c'est-à-dire à sa *valeur*

(10) *Die Lehre vom subpignus*, Rostock, 1864. Dans le § 1 (« Begriff des Pfandrechts »), p. 6-19, il développe sa conception sur la nature juridique du gage. C'est là qu'il édifie tout son système. Dans le § 2 (« Anwendung des Pfandrechtbegriffs auf Verpfändung von Sachen u. Rechten »), p. 20-52, il applique sa conception aux deux sortes de gages, *formellement distincts* : gage des choses et gage des droits. Il parle spécialement de la mise en gage des droits de créance (« Verpfändung der Forderungsrechte »), à la fin de ce §, p. 42-52.

(11) C'est DERNBURG, *op. cit.*, p. 96, qui l'a fait.

patrimoniale, qui doit passer du patrimoine d'un second sujet dans le patrimoine du sujet titulaire du droit. Au point de vue de la *forme*, ces droits consistent en une tension (« Spannung »), entre deux volontés agissantes, en vue d'obtenir une prestation à accomplir par le sujet passif. Ce sont donc des droits à une prestation. Au point de vue du *contenu* ils tendent à la valeur patrimoniale de cette prestation. Forme et contenu sont ici encore calqués l'un sur l'autre. Formellement et matériellement le droit n'est pas satisfait, il tend seulement vers sa satisfaction. Font partie de cette catégorie les droits personnels ou de créance.

L'opposition entre les deux sortes de droits est très marquée : les premiers consistent en un élargissement de pouvoir, les autres n'impliquent aucun pouvoir actuel mais seulement une prétention. Ceux-là sont en état de quiétude, leur titulaire étant satisfait, ceux-ci sont en mouvement, en conflit dès le début et tendent vers leur satisfaction. Les uns ont leur raison d'être dans leur exercice durable, les autres ne peuvent pas être exercés sans s'éteindre. Les uns sont des *buts* en soi, tandis que les autres ne sont que des *moyens*.

Entre ces deux catégories il y en aurait une *troisième*, intermédiaire, contenant des droits qui par leur nature ne peuvent être rangés ni dans l'une ni dans l'autre des deux catégories fondamentales ; ils participent aux caractères de l'une et de l'autre. Ce sont des droits qui tendent à la valeur patrimoniale d'un certain objet. Dès lors, ils sont en même temps des droits *sur* un objet et des droits *à* une valeur patrimoniale. Ils consistent en une puissance sur celui-là et en une expectative de celle-ci. Font notamment partie de cette classe, les droits de garantie réelle (12). Ceux-ci accompagnent un droit à une valeur patrimoniale (droit de créance) pour le renforcer, en attribuant au titulaire de ce droit le pouvoir immédiat sur une chose dont il n'a qu'à

(12) A côté desquels Sohm place les charges foncières.

tirer de par sa propre volonté, sans le concours de son débiteur, ladite valeur patrimoniale. Ils apparaissent donc comme des accessoires du droit de créance.

Pour nous en tenir au droit de gage, Sohm en donne la définition suivante : « C'est un droit — muni d'un pouvoir immédiat sur un objet — qui tend à la partie de la valeur patrimoniale de cet objet, qui suffit à la satisfaction d'une créance appartenant au titulaire du gage » (13).

De cette définition il résulte : 1° que le droit de gage est un *droit à une valeur patrimoniale* qui se mesure d'après celle du droit de créance qu'il garantit. Par ce côté *matériel* il se rapproche des droits à une valeur patrimoniale ou droits de créance ; 2° qu'il est un *droit sur un objet*. Le créancier gagiste a un pouvoir immédiat sur la totalité de cet objet afin d'en disposer, le cas échéant, en vue de l'obtention de la valeur patrimoniale qui lui est due. Par ce côté *formel* le droit de gage se rapproche des droits réels. La forme et le contenu de ce droit ne sont pas calqués l'un sur l'autre. Alors qu'au point de vue de sa forme il frappe l'objet dans son entier, pour ce qui est du contenu il ne poursuit que la réalisation d'une certaine partie de sa valeur patrimoniale.

Si le contenu du droit de gage est toujours le même, sa forme varie cependant suivant la nature de l'objet sur lequel il porte : chose corporelle ou droit. Il n'y a que le gage d'une chose corporelle qui soit au point de vue formel un droit réel. Le gage des droits n'est qu'apparenté aux droits réels, vu qu'il frappe aussi son objet avec le même pouvoir immédiat.

Considérons maintenant avec Sohm les deux cas d'application du droit de gage suivant la nature de son objet : droit de gage sur une chose corporelle et droit de gage sur un droit, notamment sur un droit de créance.

Pour ce qui est du droit de gage sur une chose (corporelle), c'est bien lui qui se place à merveille entre les deux

(13) *Op. cit.*, p. 13 *in fine*.

catégories fondamentales de droits. Le gage d'une chose n'est qu'au point de vue formel un droit réel, vu qu'il assujettit la chose au pouvoir immédiat du titulaire du droit : ce caractère de réalité apparaît nettement dans le droit à la possession (14) et dans la nature réelle de l'action (15). Mais là s'arrête la réalité de ce droit, car à ces manifestations formelles ne correspondent point les prérogatives matérielles corrélatives, comme c'est le cas pour les droits réels fondamentaux. « La chose n'est pas assujettie au gage, en tant que chose, c'est-à-dire dans son individualité concrète, selon ses particularités naturelles...; la chose n'est dans le droit de gage que l'expression corporelle d'une valeur patrimoniale abstraite, vers laquelle il tend suivant son contenu » (16). Car son contenu est justement l'expectative d'une valeur patrimoniale. Cette expectative le rapproche à son tour du droit de créance. En somme, compte tenant de l'ensemble de sa nature, le droit de gage diffère essentiellement des autres droits réels : il n'est qu'un *moyen* qui s'éteint une fois le but atteint, tandis que les droits réels fondamentaux sont des buts en soi, dont l'exercice, loin de les éteindre, ne fait que les renforcer.

Passons maintenant au droit de *gage sur un droit*. Il ne différera du gage d'une chose que par sa forme. Il ne s'agira plus au point de vue formel, d'un droit réel, mais seulement d'un droit apparenté à celui-ci par le fait qu'il frappe également son objet (le droit) avec un pouvoir immédiat. La forme cependant dans laquelle se manifeste ce

(14) « ...das Pfandrecht (führt) in dem ihm entspringenden Besitzrecht ebenso wie Emphyteuse und Superficies das *praecipuum* des Eigenthums mit sich », *op. cit.*, p. 21.

(15) « ... eine Klage (*actio in rem hypothecaria*), die der *rei vindicatio* des Eigenthümers nachgebildet ist », *op. cit.*, p. 20.

(16) « Dem Pfandrecht ist die Sache nicht als solche, das heisst in ihrer concreten Individualität, nach ihren natürlichen Eigenschaften unterworfen : an dem Grundstück will das Pfandrecht nicht die Fruchtttragende Erde, an dem Slaven nicht den zu Allerlei geschickten Menschen ; dem Pfandrecht ist die Sache nur Repräsentantin eines abstracten Vermögenswerthes, auf den es sich seinem Inhalt nach richtet », *op. cit.*, p. 24.

pouvoir immédiat dépendra et variera selon la nature du droit qui y est assujetti. D'une façon générale on peut dire qu'alors que le pouvoir immédiat du gage d'une chose s'extériorise dans la possession, ici il s'extériorise dans l'*exercice* du droit (17). Cependant, l'exercice du droit engagé n'est que la forme du droit de gage, c'est le côté droit *sur* un objet de sa nature. Cette forme renferme le contenu du droit de gage, droit à la valeur patrimoniale de l'objet. Mais l'exercice du droit n'implique pas son transfert dans le patrimoine du titulaire du droit de gage ; le droit reste dans le patrimoine de celui qui l'a engagé, car c'est à titre de gage qu'on l'exerce et non comme titulaire de ce droit, c'est-à-dire comme titulaire, par exemple, d'un droit d'usufruit ou de créance.

Analysons maintenant plus particulièrement le *gage d'une créance*. Celle-ci est susceptible d'être l'objet du droit de gage comme toute chose, au sens large du mot, qui a une valeur patrimoniale. Au point de vue du *contenu* on trouve donc ici encore le même élément que dans toutes les espèces de gages. Mais par quelle forme cette valeur patrimoniale va-t-elle être réalisée ? Non pas dans la forme des droits de créance, car ici encore le créancier gagiste a un pouvoir immédiat *sur* l'objet de son gage. Ce n'est pas un pouvoir réel, mais l'*exercice direct*, le cas échéant, du droit de créance engagé, sans le concours du débiteur, titulaire de cette créance. Au point de vue *formel* le concept du gage des créances renferme l'exercice de cette *actio utilis in personam* des Romains, qui est une conséquence du contrat de gage et non, comme quelques-uns le prétendent, une conséquence d'une cession quelconque (18). Le pouvoir immédiat et direct sur l'objet est exercé ici, non pas dans une forme réelle, mais personnelle. Ceci n'empêche que c'est

(17) « Daher tritt neben die *in rem actio* des Sachenpfandgläubigers die *utilis confessoria* dessen, dem eine Servitut, die *utilis in personam actio* dessen, dem eine Forderung verpfändet ist, u.s.w. », *op. cit.*, p. 27.

(18) Voir *infra* les différentes théories de la cession.

tout de même un droit sur un objet et non pas un simple droit à un objet comme n'importe quel droit de créance.

La valeur patrimoniale de la créance engagée est susceptible d'être réalisée ici par deux moyens : d'abord, comme pour le gage des choses corporelles, par le droit de vente qu'a le créancier s'il n'est pas payé à l'échéance, c'est le *jus distrahendi* des Romains ; ensuite, par un moyen qui est propre au droit de créance. Celui-ci, en effet, n'est autre chose qu'un droit à une valeur patrimoniale. Il renferme le moyen de poursuivre cette valeur patrimoniale : c'est le *jus exigendi*. Le gage d'une créance étant un droit qui confère un pouvoir immédiat sur la créance, le créancier gagiste n'a qu'à utiliser le moyen spécifique du droit de créance pour faire valoir la valeur patrimoniale, à savoir : l'*actio utilis in personam*, qu'il exercera à titre personnel, non pas comme créancier tout court (c'est-à-dire, créancier cessionnaire), mais comme créancier titulaire d'un droit de gage portant sur une créance.

Cette théorie de la *valeur patrimoniale* considérée comme vrai *contenu* du droit de gage à travers l'individualité concrète de son objet, a été reprise avec des modifications, par beaucoup d'auteurs. Nous allons en mentionner quelques-uns.

Gugino (19) voit, comme Sohm, dans la valeur patrimoniale l'élément unitaire de toute espèce de gage. Seulement, contrairement à Sohm, il considère que le droit de gage est réel même quand il porte sur une créance, et cela à cause du caractère réel qu'il attribue à l'action du créancier gagiste d'une créance (20).

Chironi (21) dit aussi que l'essence de la garantie réelle est l'aliénation de la valeur de la chose grevée. Mais, contrairement aux auteurs cités plus haut, il prétend qu'il n'y a que le gage d'une chose corporelle qui soit un vrai gage,

(19) *Op. cit.*

(20) *Actio utilis hypothecaria.*

(21) *Op. cit.*, p. 65 et s.

et partant un droit réel. Ce qu'on appelle communément gage d'une créance n'est, à son avis, qu'un rapport distinct, une *cession spéciale à fin de garantie*, qui n'a qu'une certaine analogie économique avec le gage. D'après cet auteur, il n'y a donc pas d'unité juridique entre les différentes formes de gage. L'unité existe seulement pour autant qu'il n'y ait qu'une seule figure véritable de gage — qui est réelle — à savoir, le gage d'une chose corporelle.

Récemment encore la théorie de la valeur économique a été développée par le prof. Bonnecase (22) et par M. Quincartet (23). Au delà de l'individualité organique d'une chose il y a sa valeur économique. Les droits de garantie réelle ou de *second degré*, visent à travers l'individualité organique de la chose cette valeur économique qui est affectée à la garantie d'un droit de créance.

La théorie de Sohm est remarquablement bien construite ; elle est certes l'une des plus intéressantes qui aient été élaborées sur la question. L'auteur s'est entièrement consacré à la tâche hardie de ramener la conception juridique du gage à une figure unitaire. S'il n'a pas réussi à le faire, c'est que la chose, malgré les qualités de celui qui l'a entreprise, est irréalisable en soi.

Pour parvenir au but qu'il s'est assigné, Sohm reprend la classification traditionnelle des droits en réels et personnels et y insère une troisième classe, celle des droits de garantie, qui présenterait des caractères communs aux deux classes fondamentales. Cette catégorie existe-t-elle réellement ? Nous ne le croyons pas. En effet, les droits qu'il y insère ne présentent pas dans leur nature ce dualisme de caractères conceptionnellement différents. Tenons-nous en au droit de gage. D'une part, le gage d'une *chose corporelle* serait réel par sa forme (pouvoir immédiat sur la chose) et se rapprocherait en même temps des droits de créance par

(22) *Précis de droit civil*, 1^{re} édit., Paris, 1934-35, I, N° 594 et s. et II, 35 et s. Voir *infra*, dans la deuxième partie, le chapitre qui traite du « Contenu juridique de la garantie réelle ».

(23) *Op. cit.*, p. 400 et s., 428 et s.

son contenu (droit à une valeur patrimoniale). D'autre part, le *gage d'une créance* serait un droit personnel quant à son contenu qui est le même que celui d'un droit de créance et se rapprocherait des droits réels par sa forme, qui sans être réelle, impliquerait une appréhension immédiate du droit, objet du gage. Pour ce qui est du premier — le gage d'une chose corporelle — nous ne croyons pas que son contenu, cette « tension » vers une valeur patrimoniale, suffirait pour le rapprocher des droits d'obligation. Ce qui caractérise surtout, à notre sens, cette catégorie de droits, c'est moins leur contenu que *l'intervention d'une personne obligée à une prestation*. Or, cette intervention — qui fait que le droit de créance soit un pouvoir seulement médiat sur une chose — fait défaut dans le gage d'une chose corporelle qui se caractérise justement par un pouvoir immédiat sur la chose. Il n'y a donc aucune raison de le sortir de la catégorie des droits réels. Pour ce qui est du gage d'une créance, celui-ci à son tour ne se prête pas à un rapprochement avec les droits réels, car cette appréhension immédiate du droit qui s'extériorise dans son exercice, dans la possibilité pour le créancier gagiste d'intenter en son nom l'action de son débiteur, titulaire de la créance engagée, n'est pas identique à la prise de possession des droits réels. Pas plus que le créancier titulaire de la créance engagée, le créancier gagiste, son successeur à titre particulier, ne peut avoir un pouvoir immédiat sur la chose, mais seulement un pouvoir médiat qui s'exerce à travers l'intervention d'une personne obligée à une prestation, qui n'est autre que le tiers débiteur. Ce qui fait croire à un pouvoir semblable à celui dont est muni un droit réel, c'est simplement le fait que le créancier gagiste pourra exercer en son propre nom un droit qui appartenait à autrui. Cependant c'est le même droit qu'il exerce, avec les mêmes prérogatives qui le caractérisent mais évidemment dans la limite imposée par le but de garantie. Or, ce droit est incontestablement un droit personnel. On voit donc que le gage d'une créance se ramène lui aussi à l'une des deux catégories fondamentales, à celle des

droits de créance. La classe intermédiaire de Sohm, construction ingénieuse mais artificielle, n'a donc pas de fondement juridique.

Le grand défaut de la théorie de Sohm est d'avoir essayé de ramener à tout prix le gage d'une créance à une conception unitaire susceptible d'englober en même temps le gage d'une chose corporelle. Le gage d'une créance se dérobe à de pareilles tentatives. Pour faire cela, Sohm a dû se prêter à des contradictions, notamment en ce qui concerne la *forme* du nouveau type de droit. Après lui avoir assigné un contenu unique, droit à une valeur patrimoniale, il le fait varier dans sa forme suivant la nature de l'objet sur lequel il porte : chose ou droit. Toutefois, si ce droit varie quant à sa forme suivant la nature de l'objet, pourquoi lui chercher une certaine unité même dans la forme en prétendant que le gage d'une créance qui diffère à ce point de vue du gage d'une chose corporelle, se rapproche tout de même et toujours par la forme, des droits réels grâce à une certaine appréhension immédiate de son objet ?

De même, pour parfaire son nouveau type de droit et pour qu'il y ait un parallélisme plus net entre les deux sortes de gages. Sohm assigne comme objet au gage d'une créance, le droit de créance lui-même. Puisque le gage d'une chose corporelle porte sur la chose avec un pouvoir immédiat, il fallait bien que le gage d'un droit portât avec ce même pouvoir immédiat sur le droit lui-même. Nous croyons, comme nous avons eu l'occasion de le dire, que la conception des « droits sur droits » est artificielle et juridiquement fausse et c'est à ce titre encore que nous critiquons la théorie de Sohm.

Quoi qu'il en soit, nous retiendrons de la théorie de Sohm deux points qui nous paraissent incontestables : en premier lieu, l'analyse du contenu du droit de gage, droit à une partie de la valeur patrimoniale de l'objet grevé et en second lieu, l'impossibilité juridique de la construction d'un droit réel sur un droit de nature obligatoire.

CHAPITRE III

THÉORIES DE LA PERSONNALITÉ

SOMMAIRE. — 16. Les différentes théories de la personnalité : le gage d'une créance conçu comme rapport de nature *obligatoire*. — 17. Théorie de la *cession conditionnée*, Mühlenbruch. — 18. Théorie de la *cession cooptative*, Hellwig. — 19. Théorie de la *cession limitée*, Dernburg. — 20. Théorie de la *succession constitutive*, Bekker et von Tuhr. — 21. Observations finales sur les théories de la personnalité.

16. — Avec ces théories l'unité du concept juridique du gage, en tant qu'institution spécifique, est rompue. Le gage d'une créance — droit de *nature personnelle*, qui obéit aux règles de la théorie des droits d'obligation — se refuse à être réuni sous le couvert d'une même institution juridique avec le gage d'une chose corporelle. Pour trouver leur point de liaison il faut remonter plus haut à la notion supérieure de la garantie réelle, qui leur assigne le même but économique et la même fonction juridique sur des terrains cependant distincts.

Les trois premières conceptions que nous allons analyser ici — appelées théories de la cession — se servent dans la construction juridique du gage des créances, ainsi que pour le choix du nom à donner à cette institution éminemment spécifique, de l'idée de cession. Ce n'est pas une cession pure et simple, car dans ce cas elle opérerait un transfert total du droit de créance au profit du créancier gagiste. La cession dont nos auteurs se servent est tantôt *conditionnée*, tantôt *cooptative*, tantôt enfin *limitée*. Ces attributs devraient exprimer la fusion des deux notions différentes dans la même institution juridique : celle du *transfert* et celle de l'*impignoration*.

Enfin, dans une dernière conception, celle de la *cession constitutive*, le gage d'une créance, droit personnel, est présenté comme dérivant du contenu même du droit de créance originaire. Cette conception explique mieux la naissance du droit de gage dérivé, son passage sur la tête du créancier gagiste, ainsi que les conséquences sur la structure du droit originaire qui résultent de la disparition du droit dérivé.

Ces différentes théories personnalistes expriment toutes certaines idées qui leur sont communes : la *personnalité* du droit de gage sur créance, le *moyen technique* pour le réaliser (la cession), ainsi que le *but de garantie*. Elles diffèrent dès qu'il s'agit de préciser les formes techniques qui traduisent ce but.

17. — *Théorie de la cession conditionnée*. — Mühlenbruch. La première et la plus complète des expressions de l'idée de cession dans une conception sur la nature juridique du gage des créances se trouve formulée dans la théorie de la *cession conditionnée* ou *éventuelle*. Elle a été développée anciennement par l'auteur allemand Mühlenbruch (1) et de nombreux auteurs l'ont reprise par la suite (2).

Mühlenbruch part dans sa conception de l'idée, très juste d'ailleurs, que l'action accordée au titulaire d'un *pignus nominis*, ne pouvait être que de même nature et même identique à celle appartenant à un cessionnaire d'un droit de créance, à savoir, une *utilis in personam actio* (3) et non

(1) *Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte*, Greifswald, 1812, 3^e édit., 1836, p. 519-530.

(2) HUSCHKE, *De pignore nominis*, Goettingen, 1820. — GAUPP, *De pignore nominis*, Berolinae, 1820. — PUCHTA, *Pandekten*, Leipzig, 1877. Voir aussi les auteurs cités par ROMANO, *op. cit.*, p. 20.

(3) *Op. cit.*, p. 522 : « ...dass unter der *utilis actio*, welche dem Pfandinhaber eines *nomen* zugestanden wird, nur die Klage aus einer gesetzlich fingierten Cession gemeint sein kann wird durch den ganzen Zusammenhang der dies Verhältniss betreffenden Stellen, (namentlich durch die Zusammenstellung mit dem Rechte aus anderen Cessionsgründen...), so sehr ausser Zweifel gesetzt, dass man in der That kaum begreift, wie eine andere Ansicht hat entstehen können ».

pas une *utilis hypothecaria actio*, comme le prétendaient d'autres auteurs (4).

L'identité de nature des deux actions ne pourrait être expliquée, selon lui, que par une analogie de deux institutions : la *cession* et le *pignus nominis*. D'ailleurs, la nature même de l'objet engagé, droit de créance, ne pouvait être sans influence sur la nature de l'ensemble de l'institution du gage des créances.

Ainsi Mühlenbruch arrive-t-il à analyser dans le gage d'une créance, une *cession conditionnée* ou *éventuelle*, c'est-à-dire affectée d'une modalité suspensive : la non-satisfaction du créancier à l'échéance (5).

Mais il est évident que cette cession ne peut servir que pour garantir une obligation préexistante, ce qui fait que le créancier gagiste ne peut pas être considéré comme un véritable cessionnaire. « Il s'ensuit, avant tout, qu'il n'obtient pas un droit complet et inconditionné sur l'objet de la créance engagée, mais seulement dans la mesure où celui-ci est nécessaire pour sa sécurité. »

Le sort du gage d'une créance est ainsi suspendu jusqu'à la vérification de la condition.

Si la condition se réalise, si donc le créancier n'obtient pas satisfaction à l'échéance, la cession étant devenue pure et simple, il pourra poursuivre le tiers débiteur par l'*actio utilis*. Dans ce cas, si l'objet de la créance engagée est une somme d'argent, le créancier compensera le montant de la créance garantie et restituera le reste à son débiteur. Dans le cas où l'objet de la prestation est une chose corporelle, il aura sur celle-ci un simple droit de *retention* (6).

Si, par contre, la condition suspensive ne se réalise

(4) Cf. TROTSCHKE, *op. cit.*

(5) *Op. cit.*, p. 524 : « Es liegt vielmehr... in der Verpfändung einer Forderung eine bedingte oder eventuelle Cession, d.h. die Befugnis, die Forderung gleichsam als Cessionar in den Fällen geltend zu machen, wo der Gläubiger sonst in die Lage kommt, seiner Sicherheit wegen von der *hypothecaria actio* Gebrauch machen zu müssen ».

(6) *Op. cit.*, p. 525.

pas, c'est-à-dire, si le créancier est payé à l'échéance par son débiteur, le droit de ce dernier sur la créance cédée sous condition retrouvera son entière efficacité.

La conception de la cession conditionnée a été, à juste titre, fortement critiquée. La cession pourrait sans doute, par le jeu de la condition, produire des effets assez semblables à ceux du gage d'une créance. Mais il est évident que la cession conditionnée, malgré son analogie fonctionnelle avec le gage d'une créance, ne suffit pas à expliquer la physionomie spécifique de cette institution éminemment originale.

En effet, comme le remarque très bien Sohm (7), si le gage d'une créance était une cession conditionnée, le créancier n'aurait aucun droit avant la réalisation de la condition. Or, le but du gage est justement d'offrir au créancier une sûreté pour ce laps de temps intermédiaire. En réalité, le droit du créancier existe dès la conclusion de la convention de gage, et la signification qu'il fait au tiers débiteur en est la preuve. « La modalité : *si debitor is satis non fecit, cui tu credidisti*, ne conditionne pas la naissance, mais la continuation du gage de créance ».

La réalisation de la condition devrait, de même, paraître faire la cession et partant, faire du créancier gagiste un véritable cessionnaire, avec toutes les prérogatives qui en découlent. Cela signifie que la chose corporelle, objet de la prestation du tiers débiteur, devrait rester entre les mains du créancier en pleine propriété et non seulement à titre de droit de retention, comme le veut Mühlenbruch. Mais, faire du créancier gagiste un véritable cessionnaire, se trouve être en contradiction évidente avec le but de garantie.

Le concept de la cession conditionnée s'oppose pareillement à ce que le débiteur, titulaire de la créance engagée, puisse donner plusieurs fois en gage la même créance. Car si le concept du droit de gage ne s'oppose pas à ce qu'une

(7) *Op. cit.*, p. 43 et s.

même créance soit grevée à plusieurs reprises, elle ne peut, par contre, faire l'objet que d'une seule cession.

Enfin, il est impossible d'admettre que l'essence de l'institution du gage des créances se trouve dans le seul jeu de la condition suspensive. Cela signifierait qu'il y a analogie institutionnelle entre la cession et le gage d'une créance, car la modalité n'affecte nullement l'essence de l'institution. Or, il est incontestable que le gage d'une créance a une physionomie propre et que le but de garantie n'est pas atteint par le fait du jeu d'une simple condition, mais par la structure de l'institution dont tous les éléments sont pénétrés par ce but (8).

La conception de Mühlenbruch, malgré ses points faibles et juridiquement faux, aura eu cependant le grand mérite d'avoir réfuté le concept de la réalité appliqué au gage des créances et d'avoir ouvert la voie au concept de la personnalité de ce droit, ainsi que de son expression à l'aide d'une construction de nature obligatoire ; idées, qui ont fait fortune dans les doctrines plus récentes.

18. — *Théorie de la cession cooptative.* — Hellwig. — Une autre conception qui se sert de l'idée de cession pour expliquer la nature du gage de créances est celle de Hellwig (9). En effet, les auteurs personnalistes, à peu d'exceptions près, se sont presque tous appliqués à la suite de Mühlenbruch, à modeler le moyen juridique du transfert des créances pour le rendre propre à satisfaire aux exigences du gage des créances. Du moment où l'essence de cette institution ne pouvait être exprimée par le jeu d'une simple condition qui affecterait la cession, il fallait modifier celle-ci de façon à pouvoir traduire cette essence dans sa physionomie particulière.

Hellwig constate d'abord que si dans le gage des créan-

(8) Cf. CHIRONI, *op. cit.*, p. 489.

(9) *Die Verpfändung und Pfändung von Forderungen*, Leipzig, 1883.

ces, le droit du créancier gagiste est de même nature personnelle que celui d'un vrai cessionnaire, à la différence de ce dernier, le droit du premier n'éteint pas le droit du débiteur, titulaire initial de la créance. La cession qu'opère le transfert au profit du créancier gagiste d'un droit qui ne peut que dériver du droit du débiteur, ne peut être la même que celle qu'opère le transfert intégral du droit de créance. Il faut concilier les deux tendances, en apparence contradictoires, du gage des créances, à savoir : le transfert de certaines prérogatives sur la tête du créancier gagiste, et le maintien simultané du droit du débiteur, titulaire de la créance.

On arriverait à ce but à l'aide de la *cession coöptative*. Dans cette sorte de cession le droit du créancier gagiste n'exclut point celui de son débiteur. Au contraire, ils coexistent sur la même créance et à l'encontre du même tiers débiteur, par un lien qui tiendrait de la *solidarité active*. La seule différence avec la solidarité parfaite des co-créanciers, résiderait dans la cause de l'institution, la fin de garantie, qui donne un *colori* particulier au droit du créancier. Ainsi son droit prend-il fin dès que le but est atteint ; et ainsi encore ce même but demande-t-il que le droit du débiteur soit en quelque sorte paralysé pendant la période qui précède l'échéance de la dette garantie.

La conception de Hellwig, si séduisante qu'elle soit, ne parvient cependant pas à donner une analyse appropriée du gage des créances.

Elle marque sans doute un grand progrès par rapport à la conception de la cession conditionnée, dont elle accepte l'idée d'une nature personnelle à assigner au gage des créances, et l'idée que la construction à l'aide de laquelle le droit est octroyé ne peut être que de nature obligatoire.

Cependant, l'idée de solidarité à laquelle fait appel la cession coöptative n'est point satisfaisante pour expliquer les particularités du gage des créances et elle enlève même toute sécurité au créancier, ce qui contredit évidemment le

but même de cette institution. Car si les deux intéressés sont co-créanciers solidaires, le tiers débiteur peut se libérer valablement et conformément aux principes de la solidarité, en payant entre les mains du débiteur, titulaire initial de la créance. Et alors tout va se réduire à un recours du créancier gagiste contre son débiteur, recours de nature obligatoire qui met le bénéficiaire dans la situation de tout créancier chirographaire.

Le défaut principal de la conception de Hellwig, comme du reste de presque toutes les théories qui font appel à l'idée de cession, est de ne pas s'attacher à définir avant tout le *contenu juridique* du droit personnel que le gage d'une créance fait naître au profit du créancier, et de s'attacher par contre au *moyen technique* à l'aide duquel le droit est transmis ; car la cession n'est qu'un moyen pour transférer un droit personnel d'un certain contenu, de même que la tradition corporelle est un moyen pour transmettre un droit réel d'un certain contenu. Il ne suffit donc pas de modeler la cession, de l'ajuster aux exigences d'une institution spécifique, de l'appeler cooptative ou autrement pour résoudre la question. Car la question réside uniquement dans l'analyse du contenu du droit qui est transmis. Il faut définir les prérogatives qui le composent et qui se détachent de l'ensemble du droit du titulaire initial de la créance, pour former un nouveau droit. La cession ne fait que transmettre le droit tel qu'il existe d'après sa nature intime et dans les limites de son contenu.

Le terme de cession cooptative, qui renferme du reste deux éléments contradictoires, car cession veut dire transmission, tandis que l'attribut « cooptative » signifie maintien du droit initial solidaires avec un droit nouvellement créé, ne définit donc nullement l'essence du droit de gage sur créance. Il exprime uniquement une certaine solidarité entre les titulaires des droits conjoints sans pouvoir délimiter en aucune façon leurs prérogatives respectives.

19. — *Théorie de la cession limitée* — *Dernburg*. — Le principal défenseur de cette conception, Dernburg (10), part du principe très juste, qu'il ne faut pas donner au créancier au moyen de la cession plus de droits qu'il n'est nécessaire pour atteindre le but du gage.

Il constate que le droit de créance, qui doit faire l'objet d'une constitution de gage, renferme en lui le moyen juridique pour la satisfaction du créancier. Point n'est donc besoin de le chercher ailleurs et notamment dans une prétendue réalité du droit, chose juridiquement inconcevable. Ce moyen est le droit d'exiger du tiers débiteur le paiement. A cette fin il suffit de transmettre au créancier *l'exercice du droit de créance* et en même temps d'enlever au débiteur titulaire la libre disposition corrélatrice ; le tout seulement dans la mesure correspondant au but de satisfaction et de sûreté poursuivi par le droit de gage (11). Toujours selon ces buts, c'est seulement à partir de l'échéance de la dette garantie que les prérogatives ainsi conférées au créancier, trouvent leur entière efficacité, de même qu'elles doivent disparaître si le créancier reçoit à ce moment satisfaction.

Au point de vue *formel*, poursuit Dernburg, le gage d'une créance s'exprime dans le moule juridique d'une *cession particulière* de la créance, qui limite les facultés du

(10) *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts* ; voir : « Charakter des Pfandrechts », I, § 10, p. 96 et s. et « Verpfändung der Forderungen », I, § 60, p. 461. — DERNBURG u. SOKOLOWSKI, *System des römischen Rechts*, (8^e édit. des *Pandekten*), 2 vol., Berlin, 1910-1912 ; voir : « Begriff des Pfandrechts », I, § 224, p. 476 et « Verpfändung von Forderungen », I, § 225, p. 529.

(11) DERNBURG, *Pfandrecht*, p. 462 : « Die Verpfändung (von Forderungen) war nur in der Art möglich dass man dem Pfandnehmer die Geltendmachung und Ausübung der Forderung übertrug, dem Verpfänder aber die freie Disposition entzog, alles dies jedoch nur in dem Masse, als es den Zwecken pfandrechtlicher Sicherung und Befriedigung entspricht ».

cessionnaire (le créancier gagiste) aux seules prérogatives imposées par le but du droit de gage (12).

Ce n'est pas tout. Il y a dans le gage d'une créance un deuxième élément, d'ordre secondaire (13), qui est implicitement visé par les parties, lors de la conclusion de la convention de gage : c'est l'*engagement anticipé de la chose corporelle*, objet de la prestation du tiers débiteur. Car si l'objet de cette prestation est une *certa res*, il sera reçu par le créancier seulement à titre de gage (*pignoris loco*). La solution juridique devrait être la même dans le cas où cet objet est une somme d'argent. Mais pour des considérations d'ordre pratique le créancier compensera sur cette somme le montant de sa propre créance.

Ce deuxième élément de la construction juridique du gage des créances — qui lui, notons-le bien, est réel — contribue avec le premier à la perfection de l'ensemble de l'institution. Il y a entre eux une fusion intime, le second élément indiquant les limites du premier : la constitution anticipée d'un droit de gage (et non pas d'un droit de propriété), indique les limites qui sont assignées à la cession. Mais la nature juridique du gage des créances, droit d'essence obligatoire, n'est pas influencée par la nature du droit anticipé, de même que le droit de propriété sur l'objet corporel de la prestation, n'influence nullement la nature obligatoire du droit d'un vrai cessionnaire (14).

(12) *Op. et loc. cit.* : « Die Forderungsverpfändung lässt sich daher ihrer juristischen Form nach beschreiben als eine *eigne Species der Cession der Forderung*, bei welcher die Befugnisse des Cessionars den Zwecken des Pfandrechts *beschränkt* sind... »

(13) C'est par là que Dernburg diffère d'Exner, lequel voit dans cet élément l'essence même de l'institution (voir *supra* la conception d'Exner).

(14) *Op. cit.*, p. 467 : « Der Schuldner, welcher seine Forderung verpfändet und dem Pfandnehmer die Beitreibung zu pfandrechtlichen Zwecken gestattet, drückt von vornherein implicite die Absicht aus, dass nach der Einnahme das Geleistete als Pfand diene (*pignoris loco esse*). In derselben Weise gibt der Cedent, welcher eine Forderung auf Lieferung einer Species verkauft, implicite seine

La conception de la cession limitée a été reprise et développée par d'autres auteurs, notamment par Thal (15) ; celui-ci pousse un peu plus loin que ne l'a fait Dernburg, la définition des limites qui sont assignées à la cession.

Il ne suffit pas en effet, prétend cet auteur, de dire que la cession est limitée par ce second élément de l'institution, qui est la constitution anticipée d'un droit de gage sur l'objet de la prestation, car ceci n'est vrai que dans le cas où cet objet est une chose corporelle. Dès qu'il s'agit, par contre, d'une somme d'argent, le créancier, sans aucun doute, en acquiert la pleine propriété, jusqu'à concurrence du montant de sa propre créance.

Les limites du droit du créancier gagiste, limites qui sont en même temps celles de la cession à l'aide de laquelle se fait le transfert, sont matériellement imposées par les deux buts de tout droit de gage, à savoir : le but de satisfaction et le but de sûreté.

Le but de satisfaction (« Befriedigungszweck ») commande tout d'abord d'accorder au créancier gagiste la faculté d'exercer le droit de créance engagé seulement jusqu'à concurrence du montant de sa propre créance. Par conséquent, l'argent qui lui est payé à la suite de la poursuite du tiers débiteur, lui revient en pleine propriété pour le *quantum* de sa propre créance, la différence devant être transmise au débiteur. La chose corporelle, objet de la prestation, lui est transmise seulement à titre de gage et il en poursuivra la réalisation selon les règles généralement admises pour cette espèce de gage. Le but de satisfaction conditionne encore les points de départ et d'extinction de ces facultés. Sa propre créance doit être échue pour que le créancier puisse entamer

Zustimmung dazu dass diese durch Tradition ins Eigenthum des Cessionars übergehe. In jeder Verpfändung einer Forderung liegt also zugleich : eine den Erwerb des geschuldeten Objects anticipirende verpfändung ».

(15) *Der Rechtsbegriff des Pfandrechts an Forderungen nach röm. gem. u. deuts. bürgerlichen Recht*. Inaug. Diss., Breslau, 1905, p. 75.

valablement la poursuite du tiers débiteur. Et cette voie lui est fermée dès qu'il a obtenu satisfaction directe de la part de son propre débiteur.

Quant au *but de sûreté* (« Sicherungszweck »), il impose comme limite que la créance ne sorte du patrimoine de son titulaire que dans la mesure nécessaire à la sûreté du créancier. Ceci permet, malgré la cession limitée, la constitution successive de plusieurs droits de gage sur la même créance dans la mesure où les droits constitués ultérieurement n'empiètent pas sur les droits antérieurs. Mais en même temps, et pour parer contre cet empiètement, le but de sûreté commande qu'on enlève au débiteur la libre disposition de sa créance dans la mesure réclamée par le droit du premier créancier gagiste. La signification au tiers débiteur a justement pour effet de rendre efficace cette limitation du droit du débiteur, titulaire de la créance.

Passons maintenant à la question de l'*unité* de l'institution juridique du gage, telle qu'elle est résolue dans la conception de Dernburg (16). Il y a selon cet auteur deux sortes de droits de gage : le gage au sens large, et le gage au sens strict.

Le *gage au sens large* (« Pfandrecht im weiteren Sinne ») est l'institution *générique* que nous appelons garantie réelle, et qui, unique dans son contenu, c'est-à-dire dans son essence juridique, varie, par contre, dans ses formes d'expression, suivant la nature de l'objet grevé. Ainsi l'ancienne *fiducia* romaine s'opérait par un transfert de propriété ; le gage d'une chose corporelle et l'hypothèque font naître des droits réels sur la chose d'autrui ; le gage d'une créance, droit personnel, est octroyé à l'aide d'une cession limitée.

Le *gage au sens strict* (« Pfandrecht im engeren und eigentlichen Sinne »), — espèce de l'institution *générique*

(16) *Pfandrecht*, I, § 10, p. 96. *System des röm. Rechts*, I, § 224, p. 476.

— est l'expression la plus parfaite et la plus complète de l'idée de gage concrétisée dans l'appréhension réelle et immédiate d'une chose corporelle. C'est le gage proprement dit d'un meuble corporel (« Faustpfand »), droit réel, qui se traduit par la possession matérielle de l'objet.

La conception de Dernburg, acceptée avec quelques modifications non-substantielles par de nombreux auteurs (17), est très certainement l'une des plus conformes à l'essence de l'institution du gage des créances.

La seule objection que nous croyons devoir lui faire se rapporte à la soi-disant *constitution anticipée d'un gage sur une chose corporelle*, implicitement contenue dans l'engagement d'une créance.

Il est incontestablement vrai, comme le précise Dernburg, que cette mise en gage a pour effet, quand l'objet de la prestation du tiers débiteur est une *certa res*, la constitution d'un droit de gage sur une chose corporelle. De même au point de vue juridique, la solution devrait être identique, du moins avant l'échéance de la dette garantie, pour le cas où l'objet de la prestation ne serait plus un *corpus* mais une somme d'argent. Car avant l'échéance de la créance garantie le créancier gagiste ne peut avoir qu'un simple droit de gage et, par conséquent, l'argent récupéré ne devrait pas pouvoir lui rester en pleine propriété. Pour des considérations pratiques cependant, il y a lieu de faire jouer ici la

(17) Il faut, croyons nous, rattacher à la théorie de la *cession limitée*, la conception de l'auteur italien CIMONI (*op. cit.*, I, N° 235-237, p. 487 et s.), qui voit dans le gage d'une créance une *cession spéciale à fin de gage*. Il est vrai qu'il prétend que sa construction diffère de celle due à Dernburg (voir : *op. et loc. cit.*, p. 490, note 3), par une fusion plus intime des deux institutions, celle du gage et celle de la cession. Voici ce qu'il dit à ce sujet : « Così la natura del diritto di obbligazione è mantenuta nella forma del rapporto (cessione), combinata, per l'entità di questo (sicurtà reale), col fine del pegno », (*op. et loc. cit.*, p. 489). Si on considère cependant en quoi cette *cession spéciale* diffère de la cession ordinaire, on se rend compte qu'il n'y a entre elle et la *cession limitée*, qu'une différence de terminologie.

compensation et de déduire de cette somme d'argent le montant de sa propre créance.

Mais tout ceci n'est qu'une conséquence de tout droit d'obligation et nous ne comprenons pas bien pourquoi Dernburg y voit un élément spécifique du gage des créances. Les droits réels succèdent aux droits personnels une fois que ces derniers reçoivent satisfaction. Ainsi un véritable cessionnaire devient lui aussi propriétaire de la chose corporelle, ou titulaire de l'argent, objets de la prestation du tiers débiteur.

Il n'y a donc pas lieu de voir dans cette constitution anticipée d'un droit réel de gage, un second élément participant intimement à la vie spécifique de l'institution du gage des créances.

Cette objection mise à part, la conception de Dernburg nous semble juste à un double point de vue. Elle définit d'abord le *contenu du droit personnel* du créancier gagiste — contenu limité au but de gage — qu'elle fait dériver du droit appartenant au débiteur, titulaire initial de la créance. Le droit ainsi constitué — droit de nature obligatoire et ayant des prérogatives restreintes — est transmis à l'aide du seul moyen juridique propre aux transferts des droits d'obligation, à savoir la *cession*, limitée elle-même dans la mesure où le droit qu'elle transmet est limité.

20. — *Théorie de la succession constitutive* — *Bekker et von Tuhr*. — Les théories de la succession constitutive (« Konstitutive Sukzession ») (18), diffèrent, si non substan-

(18) Cf. EXNER, *op. cit.*, p. 53 et s. Celui-ci a esquissé le système de la succession constitutive, dans sa conception sur la nature du gage et notamment du gage des créances : *cessio pignoris causa* (voir *supra* la théorie d'Exner). Le système a été développé et en quelque sorte consacré par BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, Weimar, 1886, I, § 34 (« Konstitutiver Übergang »), p. 110 et s., et dans une recension du livre d'Exner : *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung u. Rechtswissenschaft*, XV, p. 533-544. Cet auteur applique la nouvelle conception d'une façon tout à fait générale, aussi bien aux droits dérivés d'un droit réel, qu'aux droits issus

tiellement, car il s'agit toujours d'une succession, du moins structurellement des théories de la *cession*, précédemment analysées, vu qu'il ne s'agit plus du passage d'un droit, tel quel, d'un titulaire à un autre, mais de la constitution au profit de ce dernier d'un nouveau droit issu du droit du premier titulaire.

Cette conception, qui n'est au fond qu'un dernier degré de perfectionnement dans la voie personnaliste des théories de la *cession*, est issue de la réaction d'une partie de la doctrine allemande, contre la conception artificielle mais cependant très généralement acceptée des « droits sur droits ». Alors que cette dernière conception faisait *grever* les droits les uns sur les autres, droits réels sur des droits réels ou même personnels, la succession constitutive fait *dériver* les droits nouvellement constitués des droits préexistants.

Il faut distinguer, en effet, selon cette nouvelle conception, deux sortes de transferts de droits : l'un translatif, l'autre constitutif.

Il y a *succession translativ*e (19), lorsque le droit passe dans toute sa consistance à un nouveau sujet, de telle sorte qu'il en résulte pour le premier titulaire une perte de droit définitive.

La *succession* est par contre *constitutive* (20), quand

d'un droit de créance, contrairement à ce que prétend ROMANO (voir, *op. cit.*, p. 49). Enfin, la conception de la succession constitutive a été reprise et amplement exposée en système par von TUHR, *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, 3 vol., München u. Leipzig, 1914 : I, (« Rechte an Rechten »), p. 157 et s. et II (1^{re} partie), § 45 (« Translative und konstitutive Rechtsnachfolge »), p. 59 et s. *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts*, II, § 98 (« Nutzniessung u. Pfandrecht an Forderungen »), p. 757 et s. — Voir pour les autres partisans de cette conception, les auteurs cités dans les ouvrages mentionnés ci-dessus et en outre ceux qui sont cités par THAL, *op. cit.*, p. 55, pour la doctrine allemande, et ROMANO, *op. cit.*, p. 48 et 49, pour la doctrine italienne (notamment FERRARA, *Usufrutto dei crediti nel diritto civile italiano*, dans : *Rivista it. di scienze giur.*, XXXVIII, 1904).

(19) Von TUHR, *Allg. Teil des deutsch. bürgerl. Rechts*, II (1^{re} partie), p. 59.

(20) *Ibidem*, p. 62.

ce n'est plus le droit du titulaire initial dans son entier qui est transféré, mais un droit d'un contenu plus restreint, nouvellement dérivé du contenu du droit préexistant. La succession constitutive se traduit donc non pas par une aliénation — vu que le *droit originaire* (« Mutterrecht ») reste sur la tête du premier titulaire — mais par une charge qui grève le droit originaire dont l'exercice est comprimé pour la durée du droit dérivé (« Tochterrecht »), dans la mesure imposée par le contenu de ce dernier droit. Le droit dérivé qui se trouvait en puissance dans le droit originaire, est de même nature que le droit dont il dérive et n'en diffère que dans la mesure où l'espèce diffère du genre. Tout ce qui tient du genre est identique dans les deux droits : ainsi, la « matière juridique » dont ils sont faits, car il ne peut pas y avoir dans le nouveau droit des facultés qui n'eussent pas été contenues dans le droit originaire ; ainsi encore leur objet, qui est le même dans les deux cas. Mais le droit dérivé n'est qu'une espèce du genre. Cela veut dire que les deux droits diffèrent l'un de l'autre par les raisons économiques qui les justifient (c'est pourquoi on dit qu'ils sont « qualitativement » différents) et par l'« alliage » de leurs éléments composants. Ainsi certains de ces éléments ou facultés se retrouvent tels quels dans les deux droits, d'autres n'entrent dans le droit dérivé que d'une façon limitée, d'autres enfin n'y figurent point (21).

Le droit dérivé, cependant — dont l'existence dans le droit originaire, en tant que droit fonctionnellement individualisé, n'était qu'embryonnaire, mais dont les facultés y figuraient déjà à titre actif — n'enlève pas au droit originaire les facultés de son contenu d'une façon définitive,

(21) BEKKER, *Krit. Vierteljahresschrift...*, p. 541 : « Allemaal ist dies neue Recht (das Tochterrecht) dem Mutterrecht *gleich* in der Art, *ungleich* in der Unterart. Gleich im Objekt und darin, dass in dem neuen Rechte durchaus keine Befugnisse stecken können, die nicht auch im Mutterrecht schon enthalten gewesen wären ; ungleich zumeist in dem Mischungsverhältnisse der einzelnen Befugnisse, von denen einige im ganzen Umfang den sie bei dem Mutterrecht gehabt, andere beschränkt, andere gar nicht ins neue Recht eintreten können ».

mais les comprime seulement pour la durée de son existence. Elles reprendront toute leur efficacité, et passeront de l'état latent à l'état actif, dès que le droit dérivé disparaîtra et cela instantanément, sans le concours d'un procédé quelconque de rétrocession.

Considérons de plus près les particularités de la succession constitutive au point de vue des droits qui peuvent en être l'objet, de ses éléments constitutifs, de ses formes de réalisation, ainsi que des conséquences qu'engendre l'idée de succession (22).

Tous les droits peuvent faire l'objet d'une succession constitutive, à la seule condition qu'ils soient transmissibles.

Ainsi du *droit de propriété* résultent des droits dérivés, tels les *jura in re aliena*, qui tous sont également réels et portent sur le même objet, la chose corporelle. L'usufruit ou le gage d'une chose corporelle sont composés des mêmes facultés que le droit de propriété lui-même, mais elles sont en nombre plus restreint et poursuivent un but économique différent. Les droits démembres du droit de propriété sont en nombre limité, ils sont sujets à un *numerus clausus*.

Ainsi encore le *droit de créance* et en général les autres *droits* donnent lieu, par le moyen de la succession constitutive, à des droits dérivés de même nature que les droits dont ils découlent, et qui ont le même objet. L'usufruit et le gage d'un droit de créance ont pour objet, non pas la créance elle-même en tant que « chose incorporelle » mais la prestation du débiteur de cette créance. Leur « matière juridique » est la même que celle du droit de créance original, car ils n'ont dans leur contenu que des facultés qui se trouvaient dans le droit initial, toutefois en nombre plus limité. Ce sont donc des droits de nature obligatoire au même titre que ce droit initial. Ici encore le but économi-

(22) Cf. von TUHR, *op. et loc. cit.*, p. 63 et s.

que du droit dérivé diffère de celui du droit originaire. Et comme les utilités économiques qu'on peut retirer d'un de ces droits originaires et notamment d'un droit de créance, sont en nombre limité, les droits qui en dérivent sont eux aussi assujettis au *numerus clausus*. On ne peut constituer, par exemple, qu'un usufruit ou un droit de gage sur un droit de créance.

Il existe donc des droits dérivés d'un droit réel ou d'un droit de créance qui ont le même rôle économique et remplissent la même fonction juridique, mais sur des terrains différents. Ils ont peut-être des noms identiques mais leur nature suit celle de la réalité ou de la personnalité du droit originaire.

Le droit dérivé ne peut avoir un contenu supérieur à celui du droit originaire et les défauts organiques du droit initial passent tels quels au droit qui en dérive.

Quant aux *formes* juridiques qu'emploie la succession constitutive pour sa réalisation pratique, elles sont celles de la succession translatrice, qui transfère les droits en pleine titularité.

Ainsi les droits qui dérivent de la propriété, se transmettent-ils comme elle par le simple consentement. Certaines formes supplémentaires comme, par exemple, la mise en possession du gagiste, l'inscription hypothécaire ou la transcription, sont de l'essence du droit originaire et caractérisent la réalité de ce droit.

Par contre, les droits qui dérivent d'un droit de créance emploient les formes de la transmission de ce droit. Ainsi le gage d'une créance obéit aux prescriptions formelles de la cession, quant à la conclusion purement consensuelle de la convention des parties et quant à la signification au tiers débiteur (ou le procédé équivalent).

La succession constitutive opère une véritable succession. Le titulaire du droit dérivé acquiert un droit propre et autonome par rapport au droit originaire. Et il y a lieu d'appliquer ici encore, comme c'est le cas pour la succession

translative, l'adage : *nemo plus juris ad alterum transferre potest quam ipse habet*.

Enfin cette espèce de succession peut transférer le droit originaire lui-même, déduction faite du droit dérivé qui serait ainsi constitué au profit du titulaire initial. Il s'agit alors d'une *succession déductive* (« deduktiver Übertragung »).

Appliquons maintenant ces principes au cas particulier du gage d'une créance. Celui-ci est dans la conception de la succession constitutive un complexe de facultés juridiques, toutes de nature obligatoire — puisqu'elles dérivent du droit de créance initial — et qui n'ont de commun avec le gage d'une chose corporelle que le nom (qui désigne l'espèce fonctionnellement différente), et le but économique : la satisfaction subsidiaire du créancier.

Les facultés qui entrent dans la composition du contenu du gage des créances, sont en nombre plus restreint que celles du droit originaire : elles permettent ou bien la poursuite directe du tiers débiteur en vertu d'un droit de créance propre, ou bien le transfert de ce droit de créance, en pleine titularité, sur la tête d'un tiers cessionnaire quelconque (23). Ces facultés compriment évidemment les facultés correspondantes du droit originaire pour toute la durée du droit de gage ; ces dernières renaîtront pour le compte du débiteur, titulaire du droit originaire, dès l'extinction du droit de gage et ceci sans aucune formalité corrélative à celle qui a été nécessaire pour sa constitution, c'est-à-dire, sans aucune rétrocession.

En conclusion, il faut appliquer au droit de gage sur

(23) Cf. BEKKER, *Krit. Vierteljahresschrift*, p. 543 : « Das Forderungspfandrecht ist selber eine Unterart der Forderungen, wie das Sachenpfand denkbar im weiteren und engerem Umfange : vielleicht nur mit der Befugnis die Zahlungserhebung seitens des Verpfänders zu hemmen, vielleicht versetzt mit der Befugnis einen anderen (Käufer) zum Gläubiger zu machen, oder selber Zahlung zu erheben, zu klagen. Bei aller Mannigfaltigkeit aber stets doch eben nur aus solchen Stücken zusammengesetzt, die auch im Mutterrecht liegen, und schon deshalb, wie gesagt, der Art nach diesem gleich ».

créance les règles prévues pour la transmission des droits de créance, compte tenu de la limitation imposée par le but de garantie. Nous nous trouvons donc dans un domaine qui relève exclusivement de la théorie des droits d'obligation.

Les critiques qui ont été formulées contre la théorie de la succession constitutive (24) ne sont pas pertinentes.

Ainsi on a prétendu (25) qu'il était impossible que le droit originaire, après la déduction des facultés constitutives du droit dérivé, garde ainsi amoindri, et dans tous les cas, sa structure juridique antérieure : celle qui découlait de la somme de ses facultés. Il n'y aurait, en effet, que le droit de propriété qui soit susceptible d'un pareil démembrement, sans que ceci affecte sa structure intime. Par contre, le droit de créance serait de par sa nature impropre à tout partage de ses facultés.

L'observation repose sur une fausse compréhension de la succession constitutive. Celle-ci, en effet, ne se base pas sur un partage des facultés du droit originaire, car aucune de ses facultés ne lui est enlevée. C'est un processus de « gestation » et non pas de partage qui se produit. Le droit dérivé est constitué par des facultés qui restent à l'état potentiel dans le droit originaire durant la vie du droit nouvellement né. Ces facultés ne sont pas irrémédiablement transmises sur la tête d'un second titulaire, elles sont tout simplement comprimées par l'existence et l'exercice des facultés correspondantes du droit dérivé.

D'autres auteurs (26), tout en acceptant le principe de la succession constitutive, s'en servent à des fins particulières totalement incompatibles avec sa structure intime. Ainsi on met en lumière le fait incontestable d'une *charge* qui grève le droit originaire du chef de la constitution du droit dérivé. Et on explique que cette charge ne peut porter dans le cas du gage de créances, par exemple, que sur le

(24) Voir THAL, *op. loc. cit.* et ROMANO, *op. loc. cit.*

(25) HELLWIG, *op. cit.*

(26) ROMANO, *op. cit.*, p. 52 et s.

droit originaire — la créance dans notre cas — en tant qu'objet possible de droit. c'est-à-dire considéré comme « chose incorporelle ». Et on en arrive ainsi à cette construction impossible — et contre laquelle nous nous sommes élevé à maintes reprises — d'un droit réel grevant un droit personnel.

Le procédé est spécieux, car nous ne voyons pas comment on parvient à l'aide du concept de la succession constitutive — dont le principe est le maintien de la même substance juridique dans le droit constitué — à faire dériver un droit réel d'un droit personnel, deux droits structurellement aussi différents l'un de l'autre.

Enfin une dernière objection que nous avons relevée, et qui mérite d'être mentionnée, se rapporte au domaine d'application du concept de la succession constitutive. Les auteurs qui la formulent restreignent le domaine de ce concept aux seuls droits qui dérivent d'un droit de propriété (27). Puisque le droit originaire — disent les auteurs qui formulent cette objection — doit rester intact, malgré la multiplicité des droits à contenu restreint et qualitativement différents qui en sont déduits, ce droit originaire ne peut être nécessairement qu'un droit dont le concept juridique se détache d'un ensemble de facultés et les domine de telle sorte qu'il reste invariablement le même, malgré les fluctuations auxquelles peuvent être assujetties ces facultés. Or ce droit ne peut être que la propriété, dont le concept ne s'identifie pas uniquement avec toutes les utilités imaginables que peut procurer une chose. Il dépasse ces utilités en tant que concept unitaire qui traduit la « plénitude » du droit sur la chose.

Le droit de créance, par contre, se compose d'un nombre limité de facultés à l'encontre de la personne obligée et il se confond totalement avec les facultés de son contenu et leur exercice. Il serait donc inconcevable qu'on puisse

(27) Cf. THAL, *op. cit.*, p. 59-60.

en déduire de multiples droits dérivés, sans altérer sa substance et sa structure juridique.

Nous croyons que l'objection est sans valeur. Il n'y a pas de raisons pour limiter le concept de la succession constitutive au seul droit de propriété. Il convient parfaitement aussi aux droits dérivés d'un droit de créance. Il est vrai que seul le droit de propriété traduit une « plénitude » effective ou potentielle du pouvoir du titulaire ou des titulaires sur la chose et que le droit de créance — rapport restreint entre deux personnes — s'analyse dans des facultés en nombre strictement limité. Et de ce fait découle une conséquence immédiate : la multiplicité des droits réels dérivés du droit de propriété et le nombre par contre restreint de ceux qui peuvent dériver d'un droit de créance.

Mais le concept de la succession constitutive est un *moyen juridique* qui s'adapte aux deux genres de droits, réels ou personnels. Elle obéit tantôt à la théorie des droits réels, tantôt par contre, à celle des droits d'obligation. Aussi les caractères qu'elle peut présenter sur les deux terrains sont-ils différents dans le *genre* et ne peuvent-ils se rencontrer que dans l'*espèce*, par une symétrie des fonctions juridiques et des buts économiques. De même, les effets qu'elle produit quant à la structure du droit original, après déduction, et quant à celle du droit dérivé, après constitution, diffèrent-ils dans le genre et sont-ils adaptés aux particularités et caractères inhérents à l'essence juridique de la catégorie des droits dont il s'agit.

La preuve que le droit de créance dont on a déduit un droit de gage ne souffre pas d'altération substantielle dans sa structure juridique, en est donnée par la faculté qui reste entre les mains du débiteur, titulaire initial, d'engager à nouveau la même créance ou de la céder, sous réserve du droit antérieurement constitué. Elle résulte encore à l'évidence du phénomène de réactivation du droit original dans toutes les prérogatives de son contenu, prérogatives qui passent de l'état latent et potentiel à l'état actif et effectif, dès la disparition du droit dérivé.

21. — La conception de la *succession constitutive* marque le dernier degré dans la voie personnaliste du concept de la nature juridique du gage des créances.

Il n'y a pas, selon nous, entre cette théorie et celle de la *cession limitée* de différences substantielles. Cette dernière n'est pas non plus une cession translatrice du droit de créance, puisqu'elle est limitée, elle aussi, à certaines facultés de ce droit, celles qui sont imposées par la fonction juridique et le but économique de l'institution. Le terme de cession *limitée*, peut-être ne traduit-il pas d'une façon assez suggestive le processus de constitution du droit à contenu limité, mais il ne renferme pas de contradiction dans ses deux éléments, car la cession n'est qu'un *moyen juridique* du transfert des droits de créance et elle peut comme telle s'adapter et se limiter au contenu plus ou moins étendu du droit de créance qui est transmis. D'ailleurs la succession constitutive elle-même s'exprime pratiquement dans les formes imposées par la nature du droit originaire. C'est la cession et ses formes qui sont propres aux droits d'obligation.

Mais si la théorie de la cession limitée correspond elle aussi à l'analyse exacte du gage des créances, elle n'explique pas cependant le processus de *gestation* de ce droit dérivé, et c'est là le grand mérite de la théorie de la succession constitutive. Celle-ci traduit, en effet, d'une manière saisissante l'existence potentielle du droit dérivé à l'intérieur du droit originaire ; son passage à l'état actif par sa constitution effective sur la tête d'un second titulaire en tant que droit dérivé et par une latence corrélative des facultés de son contenu dans le droit originaire ; et enfin la réactivation de ce dernier droit dans toutes ses facultés, une fois le droit dérivé éteint.

Dans l'exposé sur la conception rationnelle proposée nous allons reprendre les données de la cession limitée et de la succession constitutive, en approfondissant davantage les éléments qui composent la nature intime du gage des créances.

DEUXIÈME PARTIE

CONCEPTION RATIONNELLE PROPOSÉE

22. — Après avoir analysé les différentes doctrines qui, à notre connaissance, ont été formulées sur la nature juridique du gage des créances, nous allons essayer de dégager la conception qui nous paraît être la plus rationnelle, compte tenu de certaines données juridiques dont on ne peut pas faire abstraction.

Parmi les théories qui ont été élaborées sur la question, les unes placent le gage d'une créance parmi les droits réels en l'assimilant au gage d'une chose corporelle ; d'autres, par contre, considèrent que le gage d'une créance ne peut être qu'un droit personnel de même nature si non de même intensité que le droit du titulaire de la créance engagée ; d'autres enfin, assignent au droit de gage une structure spéciale, différente à la fois de celle des droits réels et de celle des droits de créance.

Nous ne croyons pas qu'il soit juridiquement possible de créer une troisième catégorie de droits, à côté des droits réels et de ceux de créance, pour y faire entrer suivant la conception de Sohm, les sûretés réelles notamment, et parmi celles-ci le droit de gage. D'autre part, il n'est pas permis de considérer, comme le fait Demelius, le gage sous son seul aspect de droit accessoire et de le mettre dans une catégorie spéciale, groupant des droits d'une nature différente de celle des droits principaux, où il voisine même, sous le nom générique de « rapports de sûreté », avec les garanties personnelles.

Ainsi donc en éliminant d'emblée ces conceptions in-

termédiaires, la question qui reste à résoudre est celle de savoir si le droit de gage sur créance est un droit réel, comme l'est le droit de gage sur chose corporelle, ou si, par contre, il n'est qu'un droit personnel de même nature que le droit du titulaire de la créance engagée.

C'est dans cette alternative de la réalité et de la personnalité que gît, selon nous, tout le problème.

Dans un premier chapitre nous allons prendre position sur la question tant discutée de la nature juridique des droits réels et de celle des droits de créance. Nous y exposerons les différentes théories tant dualistes que monistes.

Par ailleurs, comme les partisans de la réalité du droit de gage portant sur une créance font dans leur grande majorité appel aux notions de « choses incorporelles » et de « droits sur droits », nous allons consacrer un deuxième chapitre à cette question.

Ensuite, dans un troisième chapitre nous allons définir le contenu juridique de la garantie réelle.

Enfin, dans un quatrième chapitre nous aborderons le problème proprement dit du concept de la nature juridique du gage d'une créance tel que nous l'entendons, problème auquel nous consacrerons une analyse aussi approfondie que possible, en considérant d'abord la nature juridique du droit lui-même et ensuite le moyen technique qui le réalise.

Nous espérons qu'ainsi précisés ces deux éléments de la même institution — l'essence juridique du droit qui impose une certaine technique pour la réalisation de ce même droit — achèveront de définir la nature particulière du gage des créances.

CHAPITRE PREMIER

LA RÉALITÉ ET LA PERSONNALITÉ DES DROITS

SOMMAIRE. — 23. Les différentes théories sur la nature juridique du droit réel et du droit de créance. — 24. *Conception dualiste* (théorie classique); opposition irréductible entre les deux catégories fondamentales de droits. Leurs caractères respectifs. — 25. *Conceptions monistes* : il n'y a pas d'opposition structurelle entre le droit réel et le droit de créance. Théories de la *réalité* des droits patrimoniaux. — 26. Théories de la *personnalité* des droits patrimoniaux. — 27. Conception de Planiol. — 28 et 29. Conception de Demogue. — 30. *Conception intermédiaire* de Roguin : le droit réel — qui renferme une obligation passive universelle — est structurellement différent du droit de créance. — 31. Observations finales sur les différentes conceptions. Caractères distinctifs du droit réel et du droit de créance dans la conception adoptée.

23. — Il est évident que nous ne pouvons donner ici qu'un aperçu sommaire des différentes conceptions qui ont été émises sur la nature juridique des droits patrimoniaux des deux catégories fondamentales. Nous devons nous borner à tirer de la discussion sur cette question quelques données premières qui doivent nous servir plus loin dans l'élaboration du concept de la nature juridique du gage d'une créance.

On discute depuis fort longtemps sur la nature respective des droits des deux catégories fondamentales : les droits réels et les droits de créance. On a émis une théorie dualiste contre laquelle se sont élevées les théories monistes.

La théorie dualiste, qui est la théorie classique en la matière, oppose irréductiblement le droit réel au droit de créance.

Les théories monistes, par contre, suppriment l'opposition structurelle des deux catégories de droits, soit en ramenant tous les droits qui en font partie à la notion de droit réel, soit en considérant tout droit patrimonial quelconque comme un droit d'obligation.

24. — *Conception dualiste.* — La doctrine classique (1) — celle d'Aubry et Rau, de Baudry-Lacantinerie et, plus récemment encore, celle de Capitant — oppose fondamentalement le *droit réel* — rapport entre une personne et une chose qui se traduit par un pouvoir immédiat et direct de celle-là sur celle-ci et qui est opposable à tout le monde — au *droit de créance*, ou droit personnel, qui est, par contre, un rapport entre deux personnes en vue d'une prestation à contenu actif ou négatif, à effectuer par l'une d'elles et qui n'est opposable qu'à la seule partie obligée.

Les différences qui séparent les deux catégories de droits, selon la doctrine classique, sont irréductibles.

1° En premier lieu il faut noter que le droit réel est un rapport direct entre une personne et une chose, qui confère au titulaire un pouvoir direct et *immédiat* sur cette chose, alors que le droit de créance est un rapport entre deux personnes conférant seulement un pouvoir *médiat* sur l'objet de la prestation à effectuer par la personne obligée.

2° En second lieu, il y a la différence quant à l'*objet* des deux sortes de droits. Le droit réel a pour objet l'*appropriation d'une chose*, en principe matérielle, sauf l'exception que l'on fait pour les soi-disant « biens incorporels », les *res incorporales* des Romains, notion dont nous parlerons plus loin et dont il nous suffira de dire ici qu'elle est à l'origine de beaucoup de complications inutiles. La chose

(1) AUBRY et RAU, *Cours de Droit civil français*, 5^e édit., Paris, 1897-1922. — BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de Droit civil*, 12^e édit., Paris, 1922. — CAPITANT, *Introduction à l'étude du Droit civil*, 4^e édit., Paris, 1923, p. 118, N^o 79 et note 2.

qui constitue l'objet du droit réel, doit être individuellement déterminée. Par contre, l'objet du droit de créance consiste en une *prestation* à fournir par la partie obligée, prestation qui elle-même peut consister dans le transfert ou la constitution d'un droit réel, dans une activité ou dans une abstention. C'est particulièrement quand l'objet de la prestation consiste dans un *dare*, c'est-à-dire dans le transfert ou la constitution d'un droit réel, qu'on remarque la différence spécifique entre les deux sortes de droits, différence dont on a parlé précédemment, à savoir que le droit réel atteint directement et immédiatement la chose, tandis que le droit de créance ne l'atteint que d'une façon médiate, à travers l'activité de la personne obligée. C'est cette particularité qui a suggéré aux canonistes l'emploi des expressions de *jus in re* et de *jus ad rem*, le premier terme indiquant l'actualité de l'assujettissement de la chose, alors que le second marque la tendance, le mouvement vers cet assujettissement.

3° En troisième lieu, le droit réel est *opposable à tout le monde*, d'où la dénomination de *droit absolu*, tandis que le droit de créance n'est *opposable qu'à la seule partie obligée*, représentée par une ou plusieurs personnes déterminées, d'où la dénomination de *droit relatif*. En vérité, cette particularité essentielle du droit réel d'être opposable à tout le monde n'est pas mentionnée, comme le dit très justement Planiol (2), par tous les partisans de la théorie classique. Le droit réel apparaît ainsi comme une relation entre une personne et une chose ; or ceci n'est pas admissible, car les relations juridiques ne peuvent être établies qu'entre des personnes qui en sont les sujets actifs et passifs.

A cette différence d'opposabilité on peut rattacher la différence dans la nature respective des actions qui sanctionnent les deux sortes de droits. Le droit réel a pour sanction une *action réelle* qui est donnée, non pas contre une

(2) PLANIOL et RIPERT, *Traité élémentaire*, I, p. 702, note 1.

personne déterminée, mais contre quiconque gêne le titulaire dans l'exercice de son droit. Le droit de créance donne lieu, par contre, à une *action personnelle* qui est dirigée contre une personne déterminée, à savoir : la personne obligée qui n'exécute pas ou exécute mal l'obligation à laquelle elle s'est engagée. La différence entre les deux sortes d'actions est radicale aussi bien au point de vue de leurs caractères respectifs, qu'au point de vue de leur procédure.

4° Une quatrième différence réside dans les deux prérogatives que confère le droit réel contrairement au droit de créance, à savoir : le *droit de suite* et le *droit de préférence*. Cette différence résulte elle aussi du caractère spécifique dont on a parlé plus haut, à savoir, que le droit réel est un pouvoir *exclusif* sur la chose, c'est-à-dire, que dans les limites de son contenu qui peut varier selon l'espèce de droit réel dont il s'agit, le titulaire prime tous ceux qui peuvent avoir acquis un droit postérieur au sien.

En effet, les droits réels visent à l'assujettissement plus ou moins complet des richesses. L'existence d'un droit réel d'un certain contenu au profit d'une personne, entraîne comme conséquence nécessaire l'impossibilité pour toute autre personne d'avoir sur la même richesse un droit réel de même contenu. C'est un pouvoir exclusif car pour certaines utilités qui forment son contenu il réserve la jouissance de la chose au seul titulaire.

Toute autre est la situation du droit de créance. Ce n'est pas un pouvoir exclusif, mais un pouvoir concurrentiel. Il n'assujettit aucune richesse, mais il tend à cet assujettissement à travers l'activité d'une personne. Et comme cette activité est multiple, même infinie, un nombre multiple, même infini de personnes peuvent avoir des droits sur cette activité. Au point de vue patrimonial cette concurrence de plusieurs personnes va se refléter sur le patrimoine du sujet passif en une quantité multiple, en principe infinie, de liens qui ne s'exclueront point mais se partageront, par contre, les richesses de ce patrimoine. Ces liens ne tou-

chent pas directement mais seulement indirectement le patrimoine, car c'est l'activité du titulaire de ce patrimoine qu'ils visent en premier lieu et à travers cette activité les richesses qui y sont contenues. Ils ne peuvent donc pas être munis en principe des prérogatives qui leur permettraient de poursuivre les richesses de ce patrimoine directement, par-delà l'activité de la personne obligée. Donc, pas de droit de suite et pas de droit de préférence en principe, sauf indication exceptionnelle et explicite de la loi.

25. — *Les conceptions monistes. Théories de la réalité des droits patrimoniaux.* — Contre cette conception classique de la division bipartite des droits patrimoniaux se sont élevées certaines théories modernes qu'on peut grouper sous le nom générique de *théories monistes*, vu qu'elles essaient de ramener les deux espèces de droits fondamentalement différentes dans la doctrine classique à une *notion unique*, qui pour les unes est celle du *droit réel* et pour les autres celle du *droit d'obligation*.

Nous ne croyons pas utile, du point de vue où nous nous plaçons (3), de nous arrêter au premier groupe de ces théories, à savoir celles qui ont essayé de ramener le droit de créance à la notion d'un droit réel en considérant l'obligation comme une valeur indépendante de la personne du débiteur (4). Elles n'ont d'ailleurs pas eu de grand retentis-

(3) Il ne faut pas oublier que nous nous occupons des « créances à personne dénommée », qui ne peuvent pas être détachées de la personne du créancier. Ces théories peuvent concerner par contre les titres au porteur.

(4) Voir pour les partisans de ces théories : GAUDEMET, *Etude sur le transport de dettes à titre particulier*, thèse, Dijon, 1898, p. 30. — JALLU, *De l'idée de la continuation de la personne comme principe des transmissions universelles*, thèse, Paris, 1902, p. 69. — GAZIN, *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, thèse, Dijon, 1911, p. 453 et s. — Pour un exposé d'ensemble et la critique de ces théories, voir : RIGAUD, *Le droit réel. Histoire et théories. Son origine institutionnelle*, thèse, Toulouse, 1912, p. 466-474. — BONNECASE, *op. cit.*, II, 39 et s. — QUINCARLET, *op. cit.*, p. 373-375, et 396.

sement. Qu'il nous suffise de dire ici qu'on aura beau « objectiver » le droit de créance, on n'arrivera jamais à en faire un droit réel dans tous les cas où pour l'appropriation d'une richesse on aura besoin de l'intervention d'une personne obligée au profit d'une personne déterminée. Nous passerons donc immédiatement aux théories personnalistes.

26. — *Théories de la personnalité des droits patrimoniaux* (5). Ces théories sont appelées *personnalistes* à cause de leur concept du droit réel qui renferme une obligation passive universelle.

On attribue couramment (6) la priorité de cette conception à Ortolan (7). Quoi qu'il en soit, la conception fut développée par Roguin, Planiol, Demogue et un nombre important d'auteurs de monographies (8).

Nous allons considérer la théorie personnaliste successivement dans les conceptions de Planiol et Demogue et

(5) Voir pour un exposé d'ensemble des théories personnalistes : ROGUIN, *La Science juridique pure*, 3 vol., Paris et Lausanne, 1923, I, p. 278 et s. — RIGAUD, *op. cit.*, p. 166 et s. — BONNECASE, *op. cit.*, II, p. 43 et s. — QUINCARLET, *op. cit.*, p. 375 et s. et 396 et s.

(6) Cf. PLANIOL et RIPERT, *Traité élémentaire*, I. — *Contra*, ROGUIN, *op. cit.*, I, p. 280 : « Nous verrons... que si Ortolan a énoncé avant nous la théorie des deux sujets, son idée véritable était que, dans le droit réel, le devoir universel d'abstention est celui de ne pas faire intrusion dans le rapport juridique, mais non l'obligation universelle constitutive de la droiture elle-même. Ortolan n'est donc point, malgré la première apparence, arrivé à reconnaître le vrai rôle du sujet passif dans une des deux grandes catégories de droits, et nous pouvons, avec la réserve plus haut indiquée, continuer à réclamer la priorité à l'égard d'Ortolan, du moins ».

(7) *Généralisation du droit romain*, 11^e édit., Paris, 1880, p. 550, note 2, et p. 677.

(8) Voir parmi celles-ci : MICHAS, *Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle*, thèse, Paris, 1900. — QUERU, *Synthèse du droit réel et du droit personnel*, thèse, Caen, 1905. — La conception a aussi été énoncée, plus ou moins complètement, dans d'autres pays (cf. DEMOGUE, *Les notions fondamentales de droit privé*, Paris, 1911, p. 416) : en Allemagne par AHREUS, DERNBURG et WINDSCHEID ; en Hollande par VAN BEMMELEN.

nous réserverons une place à part à la conception de Roguin, vu qu'elle maintient le droit réel — malgré l'acceptation de l'idée de devoir passif universel — en une opposition structurellement irréductible avec le droit de créance.

C'est Roguin qui le premier parmi ces auteurs — dès la fin du siècle passé (9) — a attiré l'attention sur l'existence dans le droit réel, d'une obligation passive universelle. La thèse a été reprise par Planiol quelques années plus tard (10) et ensuite par Demogue (11), qui lui donne une importance toute particulière.

Quant à la position prise par chacune de ces opinions par rapport à la conception classique, Roguin est celui qui se trouve le plus près de cette conception. Il conserve au côté interne du droit réel — pouvoir direct et juridiquement immédiat de l'individu sur la chose — son importance fondamentale au point de vue de la nature spécifique de notre droit. Mais à côté de ce pouvoir sur la chose il y a le rapport du titulaire du droit avec les autres individus, en vertu duquel ceux-ci sont astreints à une obligation universelle d'abstention. C'est le côté externe du droit. Ces deux côtés ont une importance égale dans la constitution du droit réel. Il y a un équilibre parfait entre les deux liens et une interdépendance permanente entre le pouvoir et le devoir. Planiol accentue, par contre, la nouvelle thèse personnaliste dans le sens d'une importance grandissante du côté externe du droit réel par rapport à son côté interne. Il n'y a plus d'équilibre entre les deux éléments et dès lors, pour Planiol, le droit réel devient comme le droit personnel, un simple rapport d'obligation. La seule différence — car il y en a une quand même — réside dans le caractère absolu de l'un et le caractère relatif de l'autre, différence qu'il établit en tenant compte de la force d'opposabilité du droit. Avec Demogue la dernière étape dans la nouvelle voie est franchie.

(9) *La Règle de droit*, Lausanne, 1889.

(10) *Traité élémentaire*, I.

(11) *Op. cit.*

Il sacrifie complètement le côté interne du droit réel à l'avantage du côté externe : le lien obligatoire. Il n'y a plus aucune différence structurelle entre les différentes espèces de droits. Demogue se trouve ainsi à l'opposé de la conception classique.

27. — *La conception de Planiol.* Considérons l'aspect de la théorie personnaliste dans la conception de Planiol (12). Cet auteur développe sa conception en partant de la définition du droit réel donnée par Aubry et Rau et qui dit : « Il y a droit réel lorsqu'une chose se trouve soumise complètement ou partiellement au pouvoir d'une personne en vertu d'un rapport immédiat, opposable à toute autre personne. » Cela revient à faire du droit réel un rapport entre une personne et une chose. « Il n'est pas exact — dit Planiol — de dire que le droit réel (la propriété par exemple) consiste à établir un *rapport entre une personne et une chose*. Ce rapport direct n'est qu'un *fait* et il a un nom : c'est la *possession* ; c'est-à-dire la possibilité de détenir la chose et de s'en servir en maître. Un rapport d'*ordre juridique* ne peut pas exister entre une personne et une chose ; ce serait un non-sens. Par définition tout droit est un rapport entre les personnes. C'est la vérité élémentaire sur laquelle est fondée toute la science du droit et cet axiome est inébranlable. En d'autres termes, le droit réel, comme tous les autres, a nécessairement un *sujet actif*, un *sujet passif* et un *objet* ». Et plus loin Planiol continue : « Il ne peut y avoir de rapport juridique entre une personne et une chose parce que donner un droit à un homme sur la chose équivaldrait à imposer une obligation à la chose envers l'homme, ce qui serait une absurdité. Le *droit* ne peut exister au profit d'une personne que contre d'autres personnes capables de le supporter comme *sujets passifs* c'est-à-dire capables d'avoir des obligations. »

C'est la critique essentielle formulée par Planiol et

(12) *Traité élémentaire*, 11^e édit., I, p. 701 et s.

d'ailleurs par toutes les conceptions personnalistes contre la doctrine classique. La notion de droit ne peut exister en dehors d'une société organisée, que cette organisation soit basée sur une idée de force ou une idée de justice. L'individu isolé qui exerce sa puissance sur les richesses qui l'entourent n'a pas un droit sur ces richesses, mais un pouvoir de fait qui n'a pas besoin d'être socialement protégé ni socialement limité. La notion de droit traduit juridiquement une interdépendance des individus vivant en commun ; c'est un pouvoir socialement protégé d'un individu à l'encontre d'un autre individu ou des autres individus de la société. L'existence d'un certain droit au profit d'une personne implique nécessairement l'absence de ce même droit chez les autres individus. Il y a un équilibre permanent entre le droit et l'absence de droit. Il est donc normal et nécessaire de concevoir le droit réel, comme d'ailleurs tout autre droit, sous la forme d'un rapport, non pas entre une personne et une chose, mais entre des personnes formant les unes le côté actif, les autres le côté passif du droit.

Voyons maintenant avec Planiol, puisque nous connaissons déjà le sujet actif et l'objet, quel est le sujet passif du rapport. « Appliquons ces idées au droit de propriété ; il y a une personne qui nous fournit déjà un des deux termes du rapport, c'est le *propriétaire* ; il ne reste plus qu'à trouver l'autre terme et il n'est pas difficile à découvrir ; c'est tout le monde, excepté lui. Un droit réel quelconque est donc un rapport juridique établi entre une *personne* comme *sujet actif*, et *toutes les autres* comme *sujets passifs*. Ce rapport est d'*ordre obligatoire* ; c'est-à-dire qu'il a la même nature que les obligations proprement dites. L'obligation imposée à tous les autres que le titulaire du droit est purement négative ; elle consiste à s'abstenir de tout ce qui pourrait troubler la possession paisible que la loi veut assurer à ce dernier. Le droit réel doit donc être conçu sous la forme d'un rapport obligatoire dans lequel le sujet actif est *simple* et représenté par une seule personne, tandis que le sujet passif est *illimité en nombre* et comprend toutes les

personnes qui entrent en relation avec le sujet actif ; c'est le rôle effacé imposé à ces dernières qui empêche de les apercevoir et de se rendre compte de la nature du rapport qu'elles contribuent à former. Comme on ne leur demande qu'une abstention qui est l'état normal, elles disparaissent et on ne voit plus que le titulaire du droit en possession de la chose qui lui est attribuée, accomplissant en paix sur elle les actes qui font l'objet de son droit. De là l'idée vulgaire du *rapport direct* d'une personne avec une chose, *idée superficielle, fausse comme conception juridique*. Au fond, les personnes tenues de s'abstenir au profit du titulaire du droit réel n'existent pas moins ; et c'est par là seulement que le propriétaire diffère du voleur qui est tout autant que lui en rapport direct avec la chose ; personne n'est tenu de respecter la possession du voleur ; tout le monde est tenu de respecter celle du propriétaire. Le lien obligatoire qui englobe tout le monde moins le titulaire du droit, devient visible quand il est violé : le contrevenant est condamné à une réparation ce qui ne se comprendrait pas s'il n'était obligé à rien auparavant ».

Ainsi donc pour Planiol, et par là nous croyons qu'il diffère de Roguin (13), il n'y a pas de différence de nature entre le droit réel et le droit de créance (14). Tous deux sont des *rapports d'obligation*. Il n'y a de différence qu'au point de vue des éléments constitutifs du rapport d'obligation respectif, à savoir, quant au nombre des sujets passifs et quant à l'objet de la prestation imposée à la partie obligée. C'est une différence non pas qualitative, mais *quantitative*,

(13) Voir *infra* l'exposé de la conception de Roguin.

(14) Cf. RIGAUD, *op. cit.*, p. 166. Cet auteur considère qu'aussi bien ROGUIN que PLANIOL, tout en différenciant spécifiquement le droit réel du droit de créance, n'y voient cependant pas une différence de nature. L'affirmation est vraie en ce qui concerne PLANIOL. Par contre, elle ne vaut pas dès qu'il s'agit de ROGUIN, car celui-ci maintient les deux droits quant à leur nature respective, dans une opposition irréductible.

s'il nous est permis de nous exprimer ainsi. En effet, alors que dans le droit de créance la partie obligée est représentée par une ou plusieurs personnes déterminées, dans le droit réel le nombre de sujets passifs est illimité, c'est tout le monde hormis le titulaire du droit. C'est pourquoi le droit réel est un *droit absolu*, c'est-à-dire opposable à tout le monde, tandis que le droit de créance n'est qu'un *droit relatif*, c'est-à-dire opposable à la seule partie obligée. Quant à l'objet de la prestation, alors que pour le droit de créance il peut consister en une action ou en une abstention, pour le droit réel il ne consiste jamais qu'en une *abstention*, c'est-à-dire le *devoir passif universel* de ne rien faire qui pourrait nuire au titulaire du droit.

En ce qui concerne l'objet, non pas celui du rapport obligatoire qui est la prestation à contenu négatif mais celui sur lequel s'exerce directement le droit réel, il peut être dans la conception de Planiol aussi bien une chose corporelle qu'une « chose incorporelle ».

Disons dès maintenant que d'une façon générale le défaut de la conception de Planiol est, à notre sens, celui d'avoir sacrifié le *côté interne* du droit réel — et sur ce point il diffère encore de Roguin — pour ne retenir dans ce droit que son *côté externe*, qui est important lui aussi mais qui n'est pas le seul côté spécifique du droit réel (15). Ce qui caractérise avant tout le droit réel, et Roguin le dit fort bien, c'est ce *pouvoir juridiquement immédiat* sur la chose, pouvoir qui forme son contenu intime et qui fait qu'il s'oppose profondément au droit de créance. Il y a en effet dans le droit réel deux liens, l'un de fait, l'autre de droit : le premier et le plus caractéristique est celui du titulaire du droit avec la chose, le second, qui n'est que la projection du premier dans la société, est celui qui lie le titulaire aux innom-

(15) Cf. RIGAUD, *op. cit.*, p. 308 : « Aux doctrines récentes que nous venons de critiquer, et qui ont recueilli en France l'adhésion de M. Planiol et de M. Demogue, on doit faire le reproche de n'avoir mis en vedette que le côté externe, et, en donnant ainsi au droit réel un contenu négatif ou prohibitif, de nature obligatoire... ».

brables personnes qui sont les sujets passifs de son droit. Le droit réel est d'une nature complexe. Il participe aussi, il est vrai, de la nature des droits d'obligation, mais ce côté-ci constitue seulement le moyen de protection de son contenu intime, essentiellement caractéristique, qui est l'assujettissement juridiquement immédiat de la chose au pouvoir du titulaire du droit.

28. — *La conception de Demogue.* — Avec cette conception (16) nous avançons d'un pas dans la voie du nivellement des droits. Parmi les théories personnalistes, celle de Demogue représente la position la plus avancée. Elle peut se résumer de la façon suivante : il n'y a pas de différences de nature, ni même de différences techniques entre les droits réels et les droits de créance (ou bien entre les droits absolus et les droits relatifs) ; il n'y a que des droits de même nature, dont les uns sont à *contenu fort* et les autres à *contenu faible*.

En effet, il écrit ce qui suit au sujet de la différence des droits réels et personnels dans la doctrine classique (17) : « La prétendue différence n'est donc guère fondée. Voici d'ailleurs l'explication de cette erreur : les droits s'exerçant directement sur la chose sans l'intermédiaire de personne, cela n'est qu'une forme nouvelle de la confusion du droit avec son objet. Le droit suppose la vie en société, et alors il existe nécessairement à l'égard de quelqu'un. Ainsi un droit n'existe pas à l'égard d'un bien. De même qu'il n'existe pas entre deux choses. Si les choses interviennent dans le droit, ce n'est pas à titre unique, car il y a les actes et les abstentions qui y jouent au moins un rôle aussi considérable. Elles n'interviennent que pour préciser le contenu du droit, celui-ci se réfère à tel ou tel objet matériel, qui peut grandement contribuer à son existence, à son étendue et à sa physionomie spéciale, à sa disparition, mais à vrai dire les *droits ne portent pas sur les choses* ». Et plus loin : « Le

(16) *Op. cit.*, p. 405-443.

(17) *Op. cit.*, p. 411.

droit absolu aussi bien que le droit relatif suppose donc la vie en société. »

Jusqu'ici donc rien de spécial. C'est la même idée développée par tous les auteurs personnalistes, à savoir, que le droit ne peut être qu'un rapport entre des personnes.

Demogue passe ensuite au développement de la conception commune sur l'existence d'un sujet passif dans tout rapport de droit. Il cite Ortolan (18) : « Tout droit en définitive, si l'on veut aller au fond des choses — dit Ortolan (19) — se résume en la faculté pour le sujet actif d'exiger du sujet passif quelque chose : or la seule chose qu'il soit possible d'exiger immédiatement d'une personne, c'est qu'elle fasse ou qu'elle s'abstienne de faire, c'est-à-dire une action ou une inaction. C'est à cela véritablement que se réduit tout droit. Cette nécessité pour le sujet passif de faire ou de s'abstenir, est ce qu'on nomme dans la langue juridique une obligation. Tout droit consiste donc en des obligations. »

Après avoir établi que le droit réel n'est pas un rapport entre une personne et une chose, mais bien un rapport entre le titulaire du droit et toutes les autres personnes astreintes à une obligation passive universelle, Demogue s'attaque au prétendu caractère *relatif* du droit de créance par rapport au caractère *absolu* du droit réel. Pour Demogue le droit de créance peut fort bien être un droit absolu comme le droit réel ; c'est affaire du législateur que d'attacher à un droit un effet plus ou moins étendu. Ici Demogue se sépare nettement de Roguin et Planiol, qui attachent une importance de principe à cette différence qui se traduit dans le caractère absolu du droit réel et le caractère relatif du droit de créance. Demogue dit en effet (20) : « Quelle est la nature des droits relatifs ? Ce sont, dit-on ordinairement, des droits qui ne peuvent être invoqués que contre une per-

(18) *Op. cit.*, p. 415.

(19) *Op. cit.*, p. 637 et s.

(20) *Op. cit.*, p. 420.

sonne... Cette conception a déjà été critiquée par nombre d'auteurs qui ont reconnu que le droit personnel était en un sens absolu, qu'il produisait certains effets contre les tiers (21). C'est un point sur lequel il faut insister. Le droit relatif est opposable à tous, en ce sens que tous doivent tenir compte de son existence, peuvent même en souffrir : un tiers est obligé de tenir compte de ce que tel créancier a cédé sa créance, il ne pourra plus utilement la lui acheter. Les créanciers d'un même débiteur sont obligés chacun de tenir compte de la présence des autres, qui va les réduire à un simple dividende lors de la distribution par contribution. La chose jugée même a, à l'égard des tiers, un certain intérêt, puisque pour les protéger, il y a une voie de droit spéciale : la tierce opposition... On peut donc dire déjà que, si le droit personnel est relatif de sa nature, en ce que le débiteur seul peut être tenu d'exécuter l'obligation, il est absolu en ce sens que les actes qui créent ou qui constatent le droit d'obligation existent à l'égard des tiers. Si le créancier n'est créancier que du débiteur, le fait qu'il est créancier existe *erga omnes* ; de même le débiteur, bien que ne devant qu'à son créancier, doit être tenu par quiconque comme étant débiteur. Non seulement les effets des actes se produisent à l'égard des tiers, mais le concours des créanciers dans la contribution ou la répartition quelconque des biens du débiteur entre eux a cette conséquence, que les effets du droit lui-même réagissent contre les tiers, en leur imposant de souffrir une certaine intervention des autres créanciers et le partage avec eux de l'actif du débiteur. »

Voilà donc le droit de créance produisant des effets qui lui attribueraient un caractère absolu. Nous craignons cependant que Demogue ne fasse une confusion entre l'opposabilité d'un droit, le devoir de non-immixtion et le devoir passif universel qui diffèrent entre eux substantiellement,

(21) DEMOLOMME, *Cours de Code Napoléon*, Paris, 1860-1882, IX, p. 464.

comme l'a démontré fort justement Roguin (22). Nous reviendrons d'ailleurs plus loin sur cette question.

Par la suite Demogue en vient aux deux prérogatives dont serait muni le droit réel par opposition au droit de créance, à savoir : le droit de préférence et le droit de suite (23). Il n'y a pas, selon lui, à ce point de vue de différence entre les deux espèces de droits car il y a des cas où le titulaire d'un droit de créance est préféré aux autres comme il y a des cas où il jouit d'une sorte de droit de suite. Après avoir exposé ces différents cas, il écrit en manière de conclusion sur cette question (24) : « On peut donc dire en thèse générale à propos des droits personnels : celui qui a un droit personnel, sans pouvoir, comme nous l'avons vu, poursuivre tous ceux qui ont tiré profit de son droit, a action contre ceux qui ont, même de bonne foi, rendu impossible l'exercice de celui-ci et en ont tiré bénéfice. Et cette formule générale ne serait pas moins vraie pour un titulaire de droit réel. Nous voyons donc s'évanouir la distinction établie entre eux. »

Après avoir essayé de réfuter les idées fondamentales du système bipartite (droit réel, droit de créance ; droit absolu, droit relatif), Demogue propose de le remplacer par une conception dans laquelle tous les droits seraient de même nature et ne présenteraient que certaines variations selon les intérêts à protéger et la volonté du législateur. « Par cela seul qu'un homme a un droit, c'est contre ses semblables. Il n'y a pas des droits contre les choses, il y a simplement sur elles des pouvoirs de fait que la loi ceint d'une armure sociale appelée le droit (25). » Tous les droits seraient absolus : « Ainsi donc jusqu'ici les droits nous apparaissent comme présentant pour ceux qui n'en sont pas titulaires, le seul inconvénient d'une gêne et de l'obligation

(22) Voir *infra* l'exposé de la conception de Roguin.

(23) *Op. cit.*, p. 425.

(24) *Op. cit.*, p. 429.

(25) *Op. cit.*, p. 431.

de s'abstenir de faute. C'est un trait commun à tous » (26). Si tout de même ces droits présentent certaines variations qui ne touchent point à leur nature « cette diversité tient aux idées qui peuvent inspirer le législateur, ou plutôt à cette éternelle question de savoir quel intérêt il faut considérer comme prédominant tout autre. »

Parmi les multiples avantages que présenterait son système au point de vue pratique (il n'y aurait plus de complications quant à la variation des différentes constructions juridiques selon la nature du droit dont il s'agit), nous nous bornerons à en signaler un qui nous intéresse plus particulièrement. Au sujet du gage d'une créance qui serait une aberration juridique si on prenait comme base de sa construction la division bipartite de la doctrine classique, Demogue dit (27) : « De même tout le monde admet... qu'une créance peut être donnée en gage, c'est-à-dire qu'elle sera grevée d'un droit réel. Comment expliquer dans le système ordinairement admis qu'un droit absolu puisse ainsi porter sur un droit purement relatif ? »

L'argument, avouons-le, est très solide mais la question, comme nous allons le voir, est susceptible de solution même si l'on garde la distinction de nature entre les droits absolus et les droits relatifs.

Et Demogue de conclure (28) : « ...nous aboutirons à cette conclusion que la prétendue différence de nature entre le droit absolu et le droit relatif n'existe pas, que ce ne sont que des variantes d'une même chose, et que le législateur peut à son gré reconnaître tel droit comme absolu ou relatif, que cela dépend seulement de la sécurité qu'il veut donner à son titulaire. Le droit absolu c'est le droit à *contenu fort* ; le droit relatif le droit à *contenu faible* ».

29. — Que doit-on penser de la conception de Demogue ? D'abord, il est certain que parmi les auteurs person-

(26) *Op. cit.*, p. 433.

(27) *Op. cit.*, p. 480.

(28) *Op. cit.*, p. 405.

nalistes il occupe la position la plus avancée par rapport à la doctrine classique. Alors que pour Planiol et surtout pour Roguin il y a une différence marquée entre les droits absolus et les droits relatifs, Demogue aboutit en principe, si non en fait, au nivellement des droits. Juridiquement il n'y aurait aucune différence entre les différentes espèces de droits ; pas de différence de structure ; les variations qu'on y trouve en fait seraient dues à des considérations, non pas juridiques, mais d'opportunité et de contingence sociale. Selon l'importance de l'intérêt à protéger, le législateur pourrait faire en sorte qu'un droit ait un effet plus ou moins étendu, ou pour employer l'expression de Demogue un *contenu* plus ou moins fort. Car pour Demogue le contenu du droit, qu'il soit réel ou personnel, c'est ce devoir d'action ou d'abstention que tout droit impose à une ou plusieurs personnes ; c'est l'*opposabilité* à un cercle de personnes plus ou moins étendu, quoique, comme nous le verrons par la suite, opposabilité et devoir passif universel ne soient pas du tout une et même chose.

Mais voyons de plus près la conception de Demogue. Pour ce qui est de la division des droits en droits réels et droits de créance selon le système classique, il s'attaque dès le commencement aux soi-disant caractères spécifiques des deux sortes de droits ; avant tout, ce qui intéresserait dans le droit réel comme dans n'importe quel droit, ce serait ce devoir d'abstention ici, et celui d'abstention et d'action ailleurs. Le rapport de la personne avec la chose ne serait pas caractéristique du droit réel. Ce serait là une simple question de fait pour permettre la jouissance au titulaire du droit. Le rapport se formerait entre des personnes. Comme preuve que l'utilisation directe ne constitue pas un élément spécifique du droit réel, Demogue cite la situation du locataire.

Nous sommes d'accord pour admettre, comme nous l'avons fait pour Planiol et comme nous le ferons par la suite pour Roguin, que le droit réel, comme tout droit, nécessite l'existence de deux sujets. Mais à côté du lien obli-

gatoire, nous distinguons dans le droit réel, et ceci avant tout, l'*assujettissement de la chose* au pouvoir du titulaire du droit. C'est ici que gît le caractère spécifique du droit réel ; le titulaire du droit n'a besoin de l'intervention de personne pour exercer son droit sur la chose : l'utilisation se fait d'une façon directe. Demogue néglige complètement le côté interne du droit réel pour s'occuper uniquement de son côté externe. Or il y a une interdépendance permanente et parfaite entre les deux éléments du droit réel : le devoir d'abstention implique un pouvoir sur la chose, comme l'*assujettissement juridique* de la chose au pouvoir du titulaire ne se conçoit pas sans un devoir corrélatif de la part des autres personnes de « supporter » l'exercice de ce droit.

Quant au locataire, celui-ci n'a pas de droit réel, il ne peut pas en avoir un, puisque, comme le dit fort bien Roguin, la chose louée ne lui est pas assujettie d'une façon *juridiquement* directe. « Certainement — dit Roguin (29) — l'utilisation physique de la chose est la même dans le cas du preneur à bail que dans celui de l'usufruitier, par exemple, et même du propriétaire ; mais, dans la première supposition, elle ne s'exerce que par l'intermédiaire juridique d'une seconde personne, tandis que dans la deuxième hypothèse, elle a lieu en vertu d'un droit immédiat invoquable envers et contre tous. C'est si peu le fait de l'utilisation physique et directe d'une chose qui est capable de révéler la nature du droit dont elle est l'objet matériel, que cette utilisation demeure exactement la même de la part d'une personne entièrement dépourvue de droit, ainsi que c'est le cas d'un voleur. Il faut insister sur la circonstance que, pour que la question se pose, on doit d'emblée supposer l'existence d'un droit, et que le point décisif à examiner, à l'effet de savoir s'il est absolu ou relatif, est de connaître si l'utilisation de la chose est *juridiquement* directe ou indirecte : le premier cas est réalisé dans l'usufruit, le deuxième dans le bail. »

Demogue conteste, d'autre part, que l'intervention

(29) *Sc. jur. pure*, p. 315.

d'une personne obligée pour faire jouir le titulaire du droit soit caractéristique du droit de créance. Il prétend qu'il y a des droits réels, l'usufruit ou l'hypothèque par exemple, dont les titulaires, pour jouir de leurs droits, ont aussi besoin de l'intervention d'une personne, qui dans notre cas est le propriétaire de la chose. Pour nous les situations sont irréductiblement différentes. L'usufruitier ou le créancier hypothécaire se partagent avec le propriétaire les utilités de la chose. Mais une fois leurs droits respectifs constitués avec les utilités afférentes, ils ont tous des droits réels, absolus, qui ne s'exercent pas uniquement à l'encontre du propriétaire de la chose, mais bien à l'encontre de tous les autres individus. Le droit de l'usufruitier est aussi absolu que celui du nu-propriétaire ou même que celui d'un plein propriétaire quelconque, car comme ces derniers il est supporté passivement par tous ceux qui ne peuvent plus avoir sur la chose un droit réel du même contenu. Une fois déduits du patrimoine du titulaire de la chose, ces droits se détachent du droit de propriété, pour constituer des droits absolus sur la même chose, autonomes en principe par rapport au droit du propriétaire. C'est une chose évidente à notre sens ; et la situation est la même dans le cas du transfert en pleine propriété. Même dans ce cas-ci il y a intervention de l'ancien titulaire du droit ; celui-ci a certainement été obligé dans la majorité des cas, au moins pour une fraction minime de temps ; mais le rapport obligatoire qui n'était qu'un moyen pour le transfert du droit réel, s'est aussitôt éteint, pour laisser à sa place un rapport réel qui met l'ancien propriétaire vis-à-vis du nouveau dans la situation de toute autre personne astreinte au devoir passif universel d'abstention. Roguin le dit fort bien (30) : « Mais n'est-il pas évident que le droit intégral sur une chose est constamment réparti entre plusieurs personnes lorsqu'il s'agit de droits partiels, et que cela n'empêche pas que tous ceux-ci ne soient de nature absolue puisqu'ils existent envers et

(30) *Op. cit.*, p. 315.

contre tous ? Le propriétaire du fonds soumis à une hypothèque, à un usufruit, à une servitude prédiale, n'est nullement débiteur dans ces droitures, dont il a à respecter l'existence ni plus ni moins qu'un tiers quelconque, sauf certaines obligations de portée accessoire. »

Toute autre est la situation du titulaire d'un droit de créance par rapport à la personne obligée, par exemple le locataire dans ses relations avec le bailleur. Ici l'intervention du sujet passif est non pas un moyen qui doit s'éteindre pour laisser place à un droit réel, c'est l'état normal du droit, qui doit durer durant toute l'existence de ce droit. Le créancier se trouve constamment en rapport avec son débiteur et pour la jouissance de son droit — donc pour l'assujettissement de la chose dans le cas du locataire — il a constamment besoin de l'intervention de celui-ci. L'équilibre des forces se place entre le créancier et son débiteur, et non pas entre le titulaire du droit et toutes les autres personnes, comme c'est le cas pour le droit réel. Le lien obligatoire *stricto sensu* est l'essence même du droit, son contenu ; l'exercice du droit de créance suppose la permanence de ce lien ; tandis que dans le droit réel, même s'il y avait à son origine un lien obligatoire, il ne serait destiné qu'à s'éteindre une fois le droit réel constitué. Le créancier — le locataire par exemple — se trouve placé uniquement en face de son débiteur. Dans le rapport réel qui concerne la chose louée, c'est le bailleur, propriétaire de la chose, qui s'oppose au monde extérieur, c'est-à-dire à toutes les autres personnes.

Après avoir essayé, toutefois sans y parvenir, de supprimer la différence spécifique entre les droits réels et ceux de créance, Demogue s'attaque à la division des droits — selon Roguin et Planiol — en *absolus* et *relatifs*. Cette division serait aussi fausse que la première, vu qu'elle ne correspond point à la structure intime des différentes espèces de droits. Il n'y a pas que les droits réels qui soient absolus ; les droits de créance — selon la volonté du législateur et l'intérêt à protéger — produisent dans certains cas eux

aussi des effets absolus : c'est-à-dire qu'ils sont « opposables » à d'autres personnes que le sujet passif du droit, que d'autres personnes sont aussi astreintes à « tenir compte » de leur existence, etc. « Si le créancier n'est créancier que du débiteur — dit Demogue (31) — le fait qu'il est créancier existe *erga omnes* ; de même le débiteur, bien que ne devant qu'à son créancier, doit être tenu par quiconque comme étant débiteur. » Le droit relatif (de créance) produirait aussi, selon Demogue, des effets contre des tiers : ceux-ci sont tenus, par exemple, de subir les conséquences d'une cession de créance, puisqu'ils ne pourront plus acheter eux-mêmes ladite créance ; les créanciers d'un même débiteur se gênent mutuellement et ainsi de suite. Comme nous le disions plus haut, Demogue fait ici une fâcheuse confusion entre l'opposabilité du droit, le devoir universel de non-immixtion et le devoir passif universel d'abstention qui seul confère au droit le caractère de réalité ; c'est ce devoir-ci que Roguin et Planiol ont appelé le caractère *absolu* du droit réel. Il faut s'entendre sur les mots : absolu ne veut pas dire « opposable » à tout le monde dans le sens que tous les individus sont obligés à tenir compte de l'existence du droit ; dans ce sens tout droit est opposable à d'autres personnes que les intéressés, car dans une société organisée le pouvoir juridiquement protégé qui s'appelle droit est sanctionné à l'égard de tout le monde ; on peut fort bien exercer un droit à l'égard d'une seule personne, droit de créance, droit de famille, etc., sans que les autres personnes se voient fondées à le méconnaître. Tout le monde est obligé de respecter le droit ; cela ne veut pas dire cependant que tout le monde doit le subir *passivement*. Le caractère *absolu* du droit réel veut dire qu'au sujet d'une chose sur laquelle une personne exerce un pouvoir juridiquement immédiat, ce pouvoir implique de la part de tout le monde, hormis le titulaire du droit, un *devoir corrélatif* d'abstention ; c'est-à-dire que sur la même richesse il n'y a qu'une

(31) Voir *supra*.

personne qui peut exercer un droit d'un certain contenu, à l'exclusion de toutes les autres personnes. Il y a plus qu'un simple devoir de respecter le droit ; il y a une contrainte que ces personnes subissent, car ce droit c'est à l'encontre d'elles qu'il s'exerce ; ce sont elles qui en sont les sujets passifs et qui subissent donc le poids de son exercice. L'argument que tire Demogue, pour justifier les prétendus effets absolus des droits relatifs, du fait que les créanciers d'un même débiteur se gênent mutuellement malgré qu'ils sont en relation stricte, selon la définition du droit relatif, avec la seule personne obligée, se retourne en réalité contre lui. C'est justement parce qu'ils ont des droits relatifs qu'ils se gênent mutuellement, car s'ils avaient des droits absolus, ils seraient par contre obligés de s'abstenir mutuellement de porter atteinte aux droits des autres. Or les débiteurs voient diminuer l'objet de leur droit du fait de l'existence des autres débiteurs. C'est parce qu'ils n'ont que des *pouvoirs juridiquement médiats*, qui s'exercent à travers l'activité d'une personne obligée, qu'ils subissent la loi du concours. L'activité d'un individu étant multiple, en principe illimitée, par opposition au contenu de son patrimoine qui n'est que limité, les différents créanciers ne vont bénéficier que du *prorata* résultant de la division du patrimoine par le total de ces activités. Si donc les créanciers se gênent mutuellement, ce n'est point parce que leurs droits produisent des effets absolus, mais justement parce qu'ils ne produisent que des effets relatifs.

Pour clore la discussion sur cette *différence de nature* entre l'obligation passive universelle d'abstention, caractéristique du droit réel, et l'opposabilité d'un droit *lato sensu*, ayant comme contre-partie le devoir universel de non-immixtion — qui, par contre, est inhérent à tout droit sans en caractériser aucun — nous ne croyons pouvoir mieux faire que de renvoyer à la critique adressée par Roguin à Rigaud (32), au sujet de l'affirmation de ce dernier que l'obliga-

(32) Voir *infra* l'exposé de la conception de Roguin.

tion passive universelle dont profite le titulaire du droit réel ne pourrait servir à constituer ni à caractériser ce droit pour plusieurs raisons dont la première est que cette obligation ne caractériserait aucun droit. Roguin y distingue fort bien les deux sortes de devoirs passifs : celui universel d'abstention et celui universel de non-immixtion. « Il nous paraît toutefois certain — dit Roguin (33) — qu'il faut distinguer deux rôles juridiques chez ce tiers qui est sujet passif de deux droits différents : 1° du droit absolu, par exemple de la propriété dont il s'agit, propriété dont il est obligé de respecter l'objet matériel ; 2° du droit qu'a le propriétaire d'exiger que tous les hommes le laissent libre de faire acte de propriétaire, en s'abstenant de toute atteinte à son corps, de toute paralysie de son activité, plus généralement de toute immixtion entre lui et l'objet matériel de son droit, même quand ils laisseraient cet objet absolument intact. »

Nous n'allons pas nous attarder sur la critique des détails de la conception de Demogue. Nous renvoyons pour toutes ces questions et notamment pour ce qui regarde l'essai de niveler les différentes espèces de droits même au point de vue des deux prérogatives spécifiques du droit réel, à savoir, le droit de suite et le droit de préférence (il trouve des cas d'application de ces prérogatives même pour certains droits de créance), à l'exposé et à la critique qu'en a fait Rigaud (34).

Cependant, nous allons dire un mot sur la conséquence de la doctrine de Demogue concernant la question qui nous intéresse plus particulièrement ici, à savoir, celle du gage d'une créance. Demogue mentionne le cas du gage d'une créance parmi les avantages pratiques que présenterait l'adoption de son système. En effet, il se demande comment on peut concevoir, avec la conception actuelle, un droit absolu qui se greffe sur un droit relatif ? L'objection est juste et elle s'adresse à ceux qui construisent de pareilles

(33) *Op. cit.*, I, N° 267, p. 396.

(34) *Op. cit.*, p. 250 et s.

« anomalies juridiques », mais elle ne vaut pas pour nous. Le gage d'une créance peut être et nous dirons même qu'il doit être expliqué autrement que par la construction d'un droit absolu greffé sur un droit relatif. Si, en effet, on voyait d'une part dans le gage d'une créance un simple droit relatif et si d'autre part on le considérerait, non pas comme greffé sur un autre droit de même nature — ce qui du reste ne serait pas chose possible selon nous — mais comme visant le même but et disposant des mêmes moyens pour l'accomplissement de ce but que le titulaire du droit de créance engagé, que deviendrait dans ce cas l'objection de Demogue ?

D'ailleurs, même avec son système il ne parviendrait pas à expliquer la construction délicate du gage d'une créance, car il ne suffit pas de dire qu'il n'y a pas de droits réels ni de droits de créance, qu'il n'y en a pas d'absolus ni de relatifs, pour résoudre la question. Si tous les droits peuvent être rendus absolus, au gré du législateur, il y en a tout de même en fait quelques-uns à contenu faible et d'autres à contenu fort. Or il est certain que le droit de créance devrait être considéré parmi ceux à contenu faible, comme le droit de gage devrait l'être parmi ceux à contenu fort. Et alors, tout en étant de même nature, nous aurions des droits à contenu fort greffés sur des droits à contenu faible et le problème serait le même, sauf une différence dans les termes.

En conclusion nous dirons qu'alors que Roguin et Planiol ont contribué au développement de la conception classique en relevant dans le droit réel ce côté externe qui est le devoir passif universel, Demogue, par contre, après avoir fait sien le lien obligatoire du droit réel, attribue une telle importance à ce côté externe qu'il en fait le seul contenu du droit réel comme de tout autre droit. Par là Demogue détruit les assises les plus fondamentales du droit et bouleverse tout ce qui durant des siècles a été construit sur les bases de ces assises.

Nous avons insisté sur la conception de Demogue pour

combattre selon nos moyens cette tentative pernicieuse entre toutes de niveler les droits. Si nous n'y sommes peut-être pas parvenu, c'est que nos moyens ne nous permettaient pas de nous élever à la hauteur de ce grand juriste. Nous garderons cependant la conviction, sinon celle de la solidité de notre argumentation, celle du moins de la justesse du point de vue que nous avons essayé de défendre.

30. — *Conception intermédiaire de Roguin.* — Cet auteur expose pour la première fois sa conception sur la nature des différentes espèces de droits dans un ouvrage paru à la fin du siècle dernier (35). Il la reprend une trentaine d'années plus tard dans un second ouvrage plus complet que le premier (36) et lui donne un éclat tout particulier. C'est pourquoi, dans les développements qui suivront, nous allons nous rapporter presque exclusivement à ce second ouvrage où les mêmes idées ont atteint une forme d'expression plus parfaite.

Roguin divise tous les droits en deux grandes classes : les *droits absolus* et les *droits relatifs*. Dans la première classe entrent aux côtés des droits réels, tous les droits de l'individu sur un être physique : ainsi les droits de l'individu sur lui-même (sur sa personne physique et morale) et les droits de l'individu sur une autre personne (droits de puissance). Par conséquent ce qu'il dit au sujet des droits absolus en général convient à toutes ces espèces de droits, y compris les droits réels. Dans la seconde classe, celle des droits relatifs, Roguin fait entrer les droits de créance ou d'obligation.

Il y a entre ces deux classes de droits une différence de

(35) *La Règle de droit*, chap. II (« Droits absolus et droits relatifs »).

(36) *La Science juridique pure*, I, chap. II (« Résumé de la Règle de droit »), p. 177 et s., chap. III (« Critique de la Règle de droit. Œuvres ultérieures »), p. 231 et s. et III, chap. VIII (« Droits absolus et droits relatifs »), p. 637 et s.

nature irréductible. Roguin le dit à plusieurs reprises (37) et c'est par là qu'il se rapproche de la conception classique, en s'éloignant en même temps des auteurs qui l'ont suivi dans la voie personnaliste. Cette différence ressort à l'évidence des définitions qu'il donne des deux espèces de droits.

« Le *droit absolu* est celui qui assure au sujet actif (titulaire) un pouvoir juridiquement direct d'utilisation sur un être physique quelconque, mais déterminé et cela à l'encontre de tous les hommes de la terre (sujet passif) qui, tous, ont le devoir de s'abstenir d'actes contraires à l'exercice de ce pouvoir » (38).

« Le *droit relatif* (de créance ou d'obligation) est celui conférant à un sujet actif, formé d'un seul ou plusieurs individus, peut-être comprenant tous les humains, le pouvoir d'exiger d'un sujet passif, également composé d'un ou plusieurs individus, une prestation d'action ou d'abstention, autre dans ce dernier cas que celle universelle, constitutive des droits absolus » (39).

Roguin distingue donc dans le droit réel (absolu) deux éléments primordiaux : le *pouvoir* immédiat du titulaire du droit sur la chose qui forme son objet et le *devoir*, corrélatif à ce pouvoir, de tous les êtres humains de s'abstenir de troubler l'exercice du droit.

En ce qui concerne le premier de ces éléments, c'est celui qui a été mis exclusivement en valeur par la doctrine classique. Il est au plus haut degré caractéristique du droit réel : « ...le droit absolu — dit Roguin (40) — consacre un *pouvoir juridiquement direct* sur la chose. En effet, certains titulaires de droits relatifs, comme le preneur à bail ou

(37) *Sc. jur. pure*, I, N° 132, p. 187 : « Personne plus que nous, peut-être, ne s'est attaché avec autant d'ardeur, et, croyons-nous pouvoir dire, de succès, à la démonstration de l'abîme qu'il y a entre les droits absolus et les relatifs ». Et par ailleurs, *op. cit.*, III, N° 969, p. 703 : « Répétons sans relâche que la différence de nature entre les droits absolus et relatifs est profonde... »

(38) *Op. cit.*, III, N° 941, p. 664.

(39) *Op. cit.*, III, N° 942, p. 667.

(40) *Op. cit.*, III, N° 941, p. 664.

celui qui aurait reçu la maison mentionnée en prêt, et qui sont ainsi des simples créanciers de jouissance à l'égard du propriétaire, ont eux-mêmes sur cet immeuble un pouvoir d'utilisation économique et même un *pouvoir physiquement direct*, qui, par la nature et l'étendue de ses attributions, peut ne différer en rien de celui du propriétaire. Cependant, ces créanciers sont dépourvus de droit absolu sur la chose (en quoi leur droit diffère grandement de celui de l'usufruitier), parce que leur pouvoir n'est pas *juridiquement direct*, ce qui signifie, non pas qu'ils ne le tiennent que du propriétaire (celui-ci pourrait leur avoir cédé un droit légalement direct d'usufruit ou d'usage), mais qu'ils possèdent seulement, contre ce propriétaire, un droit de créance en vertu duquel celui-ci est tenu de les laisser jouir de la maison durant le temps fixé et parce qu'ils ne peuvent pas défendre leur droit à l'encontre du tiers qui se prétendrait propriétaire de la maison ; ils seraient obligés d'appeler à leur secours le propriétaire apparent avec lequel ils ont traité. Il y a donc lieu de faire entrer pour plus de clarté, dans la définition du droit absolu, l'indication que le pouvoir qu'il confère est *juridiquement direct* ou *immédiat*, ce qui est synonyme ».

Cependant, par opposition à la conception classique, ce pouvoir, selon Roguin, s'exerce sur la chose mais à l'encontre d'un sujet passif. C'est ici qu'intervient le second élément du droit réel : *l'obligation universelle d'abstention*. On ne peut pas concevoir un droit qui serait simplement un rapport entre une personne et une chose, ce serait un simple pouvoir de fait, « ...parce que le droit n'est pas une organisation quelconque, mais exclusivement celle de relations entre hommes, et que dès lors celles entre personnes et choses ne peuvent avoir le caractère juridique que si elles sont en réalité des rapports entre personnes à propos des choses » (41). Et par ailleurs (42) : « Le fondement le plus

(41) *Op. cit.*, I, N° 288, p. 429.

(42) *Op. cit.*, III, N° 952, p. 682.

abstrait de toute la théorie est naturellement l'existence des deux sujets, qui par exemple amène l'élimination d'emblée de la définition classique du droit réel comme un rapport entre une personne et une chose. »

Le rapport que constitue le droit réel se forme donc entre le titulaire, son sujet actif, d'une part, et toutes les autres personnes, sujets passifs du même droit, astreintes à un devoir universel d'abstention, d'autre part. Cela veut dire qu'elles sont tenues à ne pas prétendre exercer aucune des prérogatives qui forment le contenu du droit du titulaire. Roguin le dit fort bien (43) : « Puisque nous venons de parler du devoir de tout être humain de ne pas entrer en contact avec la chose, objet du droit absolu, mentionnons en premier lieu le défaut de ne pas avoir indiqué et précisé ce devoir (dans la *Règle de droit*), qui est, non pas de s'abstenir complètement de se mettre en contact avec la chose, mais seulement de ne pas prétendre exercer sur elle un pouvoir d'utilisation ou de disposition compétent au titulaire. Par exemple, l'usufruitier d'une maison a parfaitement le droit d'entrer en contact avec elle, et même de s'y installer, à la condition de ne pas attenter aux pouvoirs, dont l'ensemble constitue la nue-propriété. » Ces prérogatives, le titulaire du droit réel les exerce à l'exclusion de tous. Elles forment le contenu d'un pouvoir privatif qui contrebalance le devoir des autres personnes. Ceci est évident, car tout pouvoir direct d'une personne sur une richesse exclut toutes les autres personnes de l'exercice d'un pouvoir à contenu identique sur la même richesse.

Le devoir universel d'*abstention* qui est donc *constitutif* du droit réel (sans lui on ne pourrait pas le concevoir), diffère essentiellement d'un autre devoir universel qui est inhérent à toute espèce de droit, sans en caractériser aucune, à savoir, celui de *non-immixtion*. Il faut bien faire cette distinction, car elle est au plus haut degré importante pour la nature du droit réel. Le devoir d'abstention est celui qui

(43) *Op. cit.*, III, N° 941, p. 643.

défend de faire quoi que ce soit qui soit incompatible avec l'exercice privatif du droit réel. Celui qui ne le respecte pas porte atteinte en droit ou en fait à l'essence même du droit réel, tandis que le devoir de non-immixtion ne vise pas l'atteinte portée à cette essence même du droit réel (car dans ce cas il ferait double emploi avec l'autre devoir constitutif), mais tout préjudice fait au titulaire du droit, sans l'atteindre dans les prérogatives qui constituent le contenu de son droit. Il n'y a plus incompatibilité avec l'exercice privatif d'un droit réel, mais simple *immixtion non-substantielle* dans les affaires d'un autre.

Il est vrai, comme le dit Roguin, que dans le droit réel (absolu) les deux devoirs sont à peine perceptibles, d'où la confusion qu'on fait généralement. Dans le droit relatif (de créance) par contre, le devoir constitutif est le plus souvent limité à un certain nombre de personnes déterminées ; et par ailleurs, ce devoir qui ici est l'élément le plus visible du droit, étant donné que c'est à travers lui qu'on veut atteindre une richesse, peut consister dans une action aussi bien que dans une abstention ; les deux devoirs passifs se détachent donc nettement. Le devoir de non-immixtion est ici encore non pas le devoir constitutif du droit de créance, mais celui incombant à toute personne de respecter le rapport de droit. Il tend à empêcher tout préjudice causé par un tiers quelconque à l'un des deux sujets, dans l'accomplissement de leurs rôles respectifs. Il protège donc aussi bien le créancier que le débiteur.

Il y a différence entre le devoir passif constitutif du droit et celui de non-immixtion au point de vue de leur nature respective ; et cette différence se traduit dans les actions qui sanctionnent la violation de ces devoirs. Le devoir passif universel d'abstention est sanctionné par une *action réelle*, celui constitutif du droit de créance, par une *action personnelle en exécution*, tandis que le devoir universel de non-immixtion, le plus généralement, par une *action en dommages-intérêts*, à savoir, celle de l'art. 1382.

Les auteurs font le plus souvent une grave confusion

au sujet de ces deux devoirs passifs absolument distincts. C'est ainsi que Rigaud (44) prétend que « l'obligation générale d'abstention à laquelle on fait allusion en disant que le droit réel est absolu, en prenant ce qualificatif dans le sens opposable à tous, est tout d'abord commune à tous les droits et ne peut en caractériser aucun ». Voici ce que dit Roguin au sujet de cette confusion (45) : « Cette thèse est la contradiction de la nôtre... Ici disons seulement que Rigaud et ceux qui pensent comme lui font une confusion complète entre deux genres d'obligations passives universelles : 1° celle qui est constitutive des droits absolus, qui n'existe que chez eux, et est l'élément « devoir » correspondant au « pouvoir » du titulaire du droit ; 2° celle qui consiste seulement dans le devoir de ne pas troubler un rapport de droit qui vous est étranger, en entravant le titulaire dans l'exercice de son pouvoir, par exemple en le retenant par la force, lui interdisant ainsi l'accès de sa propriété, ou, si c'est un créancier, en l'empêchant par un moyen physique ou moral de réclamer de son débiteur ce que ce dernier lui doit ; un tiers peut aussi mettre obstacle à ce que le débiteur s'acquitte de sa dette. Lorsque le tiers viole d'une façon quelconque ce devoir universel de non-intrusion, il se rend coupable d'un acte illicite, et pourra être condamné à des dommages-intérêts au profit, soit d'un titulaire de droit absolu, soit d'un créancier, soit d'un débiteur, soit même des deux derniers à la fois. Celui qui contrevient à cette obligation universelle de non-immixtion ne prétend nullement contester le droit du titulaire, mais il en gêne ou empêche l'exercice. Il n'est d'ailleurs nullement le sujet passif du droit principal dont il doit s'abstenir seulement de troubler l'utilisation : cela est très visible lorsque ce droit principal est un droit de créance, beaucoup moins s'il s'agit d'un droit absolu, puisqu'alors le tiers est, avec toutes les autres personnes du monde, l'un des individus composant

(44) *Op. cit.*, p. 208.

(45) *Op. cit.*, I, N° 267, p. 395.

le sujet passif. Il nous paraît toutefois certain qu'il faut distinguer deux rôles juridiques chez ce tiers, qui est sujet passif de deux droits différents : 1° du droit absolu, par exemple de la propriété dont il s'agit, propriété dont il est obligé de respecter l'objet matériel ; 2° du droit qu'a le propriétaire d'exiger que tous les hommes le laissent libre de faire acte de propriétaire, en s'abstenant de toute atteinte à son corps, de toute paralysie de son activité, plus généralement de toute immixtion entre lui et l'objet matériel de son droit, même quand ils laisseraient cet objet absolument intact ».

Les deux éléments du droit réel (absolu), dont nous venons de parler, sont les deux faces d'une même chose. Ils se rattachent l'un à l'autre intimement, si bien qu'on ne peut pas concevoir l'un sans l'autre. Il y a une *interdépendance* permanente entre ces deux éléments : « Le droit réel (absolu) — écrit Roguin (46) — établit un pouvoir impliquant un devoir universel d'abstention : c'est un pouvoir-devoir, comme le droit relatif d'ailleurs, dont il diffère par la nature de ce pouvoir. » Et par ailleurs (47) : « Rigaud se décide enfin à rapprocher l'un de l'autre les côtés interne et externe du droit réel ; mais il n'affirme pas comme nous qu'ils sont indépendants ; il ne voit pas, ce qui est cependant si manifeste, qu'à tout pouvoir juridique correspond un devoir, et à tout devoir un pouvoir, que ces deux éléments s'impliquent l'un l'autre, ce qui montre fort bien l'image du lien juridique, comparé à une corde ou chaîne, aux deux bouts de laquelle se trouvent les sujets. »

Passons maintenant aux droits relatifs : les droits de créance ou d'obligation. Leur nature est profondément différente. Il y a bien dans le droit de créance un rapport entre le titulaire du droit, sujet actif, et une ou plusieurs personnes obligées, sujet passif du droit. Au *pouvoir* du premier correspond le *devoir* du second. Mais ce devoir n'est

(46) *Op. cit.*, I, N° 252, p. 379.

(47) *Op. cit.*, I, N° 289, p. 430.

plus de même nature que celui qui caractérise le droit réel. Il peut d'abord consister en une *action* ou une *abstention* et ensuite, même quand il consiste dans une abstention, elle est « *autre que la prestation universelle et passive de non-appréhension d'une chose physique* » (48).

En ce qui concerne l'autre élément du droit de créance — son *objet* — ce n'est plus la chose physique, assujettie juridiquement au pouvoir du titulaire, mais la *prestation* du sujet passif, le service qu'il doit rendre au sujet actif. Ce service peut avoir et il a dans la plupart des cas une valeur économique : une activité ou une abstention susceptible d'être appréciée en argent ; ou même le transfert ou la constitution d'un droit réel sur une chose ; il peut consister aussi dans l'assujettissement physique immédiat d'une chose au pouvoir du créancier (le cas du locataire). Dans tous ces cas le pouvoir du créancier n'est *juridiquement qu'indirect*, c'est-à-dire qu'il doit passer pour l'appréhension actuelle ou future de la richesse par l'intermédiaire de la prestation, de cette activité ou abstention, du service imposé au débiteur.

Voici comment s'exprime Roguin (49) à propos de cette différence profonde, structurellement irréductible, qui fait qu'il y a un « abîme » entre les droits absolus et relatifs : « Ce n'est pas parce que les droits absolus ont tout le monde pour sujet passif qu'ils diffèrent profondément des droits relatifs ; en effet, beaucoup de ces derniers sont des obligations universelles de faire ou de ne pas faire. Ce n'est pas davantage par le fait que, dans les droits absolus, le devoir universel est constamment passif qu'ils ont une nature autre que les droits relatifs ; car une quantité d'obligations mettent à la charge du public tout entier, même de tous les êtres humains, un devoir passif qui ne constitue nullement un droit absolu (abstention d'outrages, de calomnies, etc.). Le droit absolu diffère essentiellement du droit relatif ou

(48) *Op. cit.*, III, p. 666.

(49) *Op. cit.*, III, N° 1051, p. 795.

d'obligation en ce que le devoir passif universel qui y est inhérent est celui de respecter un ou plusieurs pouvoirs juridiquement directs sur un être physique. Voilà ce qui rend le droit absolu seul de sa nature ; voilà ce qui fait qu'il consiste dans la distribution entre les personnes humaines, individuelles ou collectives, des portions de la croûte terrestre, des nappes d'eau, et de tous les corps physiques que les terres et les mers supportent : ce dont la conséquence est que le système des droits absolus constitue le tréfonds, la base même de toute la législation. »

Nous dirons encore un mot sur l'*objet* du droit réel (absolu), qui selon Roguin ne peut être que *physique*. Nous avons vu que la doctrine classique admet comme objet possible du droit réel, au côté des choses corporelles, les « biens incorporels » (ou « choses incorporelles »). Par contre, pour Roguin, l'objet du droit réel ne peut être qu'une *chose corporelle*. Voici ce qu'il dit à ce sujet (50) : « Il résulte de la notion même du droit absolu que l'*objet physique* en est une chose concrète (individuelle, déterminée), puisqu'il consiste dans un pouvoir juridiquement direct sur une semblable chose. Par exemple, nous ne pouvons pas penser un droit réel sans nous représenter un objet matériel déterminé au moment même où le droit existe et sur lequel il porte immédiatement. » Et par ailleurs, s'en prenant à nouveau à Rigaud qui reproche à la théorie classique de ne pas permettre d'expliquer la superposition des droits, Roguin écrit (51) : « Notre auteur (Rigaud) y répond en alléguant qu'il y a des « choses immatérielles », qu'on peut considérer des droits comme des choses de cette espèce, et que dès lors rien ne s'oppose à admettre des autres droits affectant ces droits-choses. (Observons incidemment que, si cela était vrai, on pourrait avoir une série indéfinie de droits chevauchant les uns sur les autres, et tantôt droits, tantôt choses ; ou plutôt ce seraient des choses qui se domineraient ainsi

(50) *Op. cit.*, III, N° 955 bis, p. 693.

(51) *Op. cit.*, I, N° 255, p. 383

les unes les autres). Pour nous, croire que le droit puisse avoir pour objet des choses *incorporelles* est une nouvelle aberration... »

Nous croyons, ayant ainsi terminé l'exposé que nous nous proposons de faire sur les opinions de Roguin, avoir résumé cette conception intéressante entre toutes, et avoir mis en relief ses particularités qui la placent, à notre sens, entre les deux extrêmes constitués par la conception classique d'une part et par la conception de Demogue, développement à l'outrance de la thèse personnaliste, d'autre part.

31. — *Observations finales sur les différentes conceptions. Caractères distinctifs du droit réel et du droit de créance dans la conception adoptée.* — Nous devons maintenant, ayant terminé l'analyse des différentes opinions sur la réalité et la personnalité des droits, tirer une conclusion sur cette question qui est de première importance pour la construction juridique du droit de gage portant sur une créance. Nous ferons ressortir la conception que nous croyons devoir adopter, en précisant les caractères distinctifs des deux classes fondamentales de droits. Car il y a entre elles, selon nous, une différence de nature profonde.

Parmi les conceptions que nous venons d'analyser, celle de Roguin représente le juste milieu entre la conception classique et la tendance extrême de certains personnalistes. En effet, il analyse dans le droit réel deux éléments primordiaux, aussi importants l'un que l'autre : l'élément *pouvoir juridiquement immédiat sur une chose* et l'élément *devoir passif universel d'abstention*. Le premier qui est du reste le plus caractéristique du droit réel, en tant qu'il assujettit les richesses directement à la puissance des hommes, a été le seul à être reconnu comme constitutif du droit réel par la conception classique ; ce qui fait que cette conception relève fort bien la différence irréductible entre les deux espèces de droits. Le second, l'élément *devoir*, est par contre le seul à caractériser toute espèce de droit chez les auteurs qui, comme Demogue, ne voient aucune différence de

nature entre les droits réels et les personnels. Planiol, sans aller aussi loin, considère lui aussi tout droit comme un rapport d'ordre obligatoire, mais il distingue encore les droits réels (ou absolus) des droits de créance (ou relatifs), si non qualitativement, du moins quantitativement.

Quant à nous, nous croyons que l'analyse de Roguin est plus conforme à la réalité des choses. Tout en relevant dans le droit réel l'existence des deux éléments, elle maintient ce droit en une opposition fondamentalement irréductible avec le droit de créance. C'est donc à la lumière de cette conception que nous allons esquisser brièvement les caractères qui, selon nous, séparent les deux catégories de droits.

I. — *Analyse du droit réel.* — La nature juridique de ce droit est plus complexe qu'elle ne le paraît à première vue. Le titulaire du droit se trouve bien en présence de la chose ; il a une maîtrise immédiate sur elle, mais cette maîtrise suppose l'exclusion de toutes les autres personnes de l'exercice sur la même chose, d'une maîtrise à contenu identique. Voilà les deux éléments du droit réel : le pouvoir et le devoir.

L'*élément pouvoir*, pour être caractéristique du droit réel doit assujettir la chose d'une façon *juridiquement immédiate* ; c'est-à-dire, sans l'intermédiaire d'une personne obligée. Chaque fois qu'on se trouve donc en présence d'un droit il faut se demander, pour savoir s'il est réel, si le titulaire de ce droit jouit de la chose, objet de son droit, d'une façon juridiquement directe ou non. S'il n'a besoin pour l'utilisation de la chose du concours actif de personne, on se trouve en présence d'un droit réel. Si par contre, tout en ayant un pouvoir de fait direct sur la chose, il a besoin de l'activité permanente d'une personne qui par sa prestation active lui permet constamment la jouissance de la chose, on a affaire à un droit personnel ou de créance.

L'*élément pouvoir* a pour corrélatif l'*élément devoir*. C'est l'obligation imposée à la charge de tout le monde de

ne pas entreprendre d'exercer sur la chose un pouvoir qui par son contenu serait la négation du pouvoir du titulaire. Cette obligation universelle d'abstention est constitutive du droit réel, en ce sens qu'elle participe à l'existence juridique du pouvoir ainsi dénommé. C'est elle qui fait qu'une simple maîtrise de fait prend l'aspect et le contenu d'un « intérêt juridiquement protégé ». Le pouvoir de fait, projeté dans la société par la reconnaissance envers lui d'un devoir universel d'abstention, est investi de la qualité de droit. Et c'est parce qu'il est constitutif du droit réel que ce devoir diffère essentiellement de celui plus général de non-immixtion, qui, tout en étant inhérent à toute espèce de droit, n'est nécessaire à l'existence juridique d'aucun d'eux. Le devoir d'abstention étant imposé à la totalité des personnes qui peuvent prétendre à l'appropriation des richesses, le droit réel prend par là l'attribut de *droit absolu*. Il est absolu non pas par l'importance plus ou moins grande des prérogatives qui constituent son contenu, car un droit réel à contenu restreint (démembré) est aussi absolu que peut l'être le droit de propriété, mais par l'importance de son sujet passif.

Le pouvoir et le devoir corrélatif ont pour enjeu dans le droit réel l'appropriation des richesses. L'objet du droit réel est donc toujours une richesse, une chose corporelle, qui seule est susceptible d'une appréhension physique.

II. — *Analyse du droit de créance.* — Comme dans tout rapport de droit nous trouvons ici encore les deux éléments : le pouvoir et le devoir. Cependant, dans le droit de créance, par opposition au droit réel, l'*élément pouvoir* a pour objet non plus une chose corporelle mais une prestation, c'est-à-dire l'action ou l'abstention d'une personne obligée. L'objet de la prestation, même s'il est une chose corporelle, n'est atteint que d'une façon *juridiquement indirecte*, à travers l'activité du sujet passif.

L'*élément devoir* qui est constitutif du droit de créance, est l'obligation imposée à la partie obligée d'exécuter une

prestation. Cette obligation se distingue de l'obligation universelle constitutive de droit réel par le fait qu'elle peut consister aussi bien dans une action que dans une abstention, alors que la dernière prend toujours la forme d'une abstention. Il n'y a pas, en effet, de droit réel imposant une obligation positive de faire. Et même, dans le cas d'une obligation d'abstention constitutive de droit de créance, celle-ci se distingue encore de l'obligation constitutive de droit réel, par le fait qu'elle n'implique pas la reconnaissance d'un pouvoir juridiquement immédiat sur une chose corporelle. Il ne s'agit pas d'une injonction de ne pas entreprendre d'exercer une des prérogatives formant le contenu du droit réel d'un autre (par exemple, l'obligation du vendeur de ne pas ouvrir un magasin dans la proximité). L'équilibre des forces se place donc pour le droit de créance, non pas entre le titulaire du droit et tout le reste du monde, mais entre lui et un certain sujet passif (individuel ou collectif) déterminé. Il n'est donc contrairement au droit réel qu'un *droit relatif*. Ici encore il faut distinguer le devoir qui est constitutif du droit de créance, de celui universel de non-immixtion, qui ne l'est pas. Le droit d'obligation peut fort bien exister sans le dernier de ces devoirs. Par contre, l'absence du premier lui ferait perdre sa raison d'être.

La différence entre les deux classes fondamentales de droits est donc aussi profonde que possible, et cette différence a sa traduction économique (52). Alors que les droits réels consacrent juridiquement l'*appropriation des richesses*, les droits de créance *tendent* vers cette appropriation à travers l'activité économique d'un individu. Ils consistent dans les *services* que les individus se rendent les uns aux autres.

« Les droits absolus forment la plate-forme générale sur laquelle naissent, s'exercent, se transmettent et meurent les droits relatifs. Les droits absolus sont fondamentaux et

(52) Cf. BONNÉCASE, *op. cit.*, I, p. 457 et s. et II, p. 47 et s. — QUINCARLET, *op. cit.*, p. 399 et s.

primaires ; les droits relatifs sont dérivés et secondaires » (53).

Nous n'avons plus rien à ajouter concernant la question de la nature respective du droit réel et du droit de créance. Tirons simplement la conclusion qui se dégage de cette étude au point de vue de la question qui nous intéresse plus particulièrement.

L'importance de la distinction structurelle entre les deux espèces fondamentales de droits est de premier ordre pour le problème de la construction juridique du gage d'une créance. On a affaire, en effet, à une construction qui superpose en *apparence* deux notions antinomiques : celle du gage, traditionnellement considéré comme droit réel à cause de l'importance en droit romain du contrat réel de ce nom, et celle du droit de créance sur lequel s'exerce ce droit de gage. L'antinomie n'existe cependant qu'en apparence car la construction ne peut s'expliquer par la superposition juridiquement impossible de deux droits aussi fondamentalement différents. En analysant donc le gage d'une créance il faut avoir constamment à l'esprit les différences irréductibles de structure juridique et de fonction économique qui séparent le droit réel du droit de créance. Si l'institution du gage a trouvé primitivement sa place à l'intérieur de la théorie de la réalité, une fois passée dans celle des droits d'obligation elle a dû être, et elle doit l'être encore, soumise aux exigences structurelles et techniques fondamentalement différentes de sa nouvelle demeure. Voilà la conclusion que nous croyons devoir tirer au point de vue de la nature juridique du droit de gage, de la discussion sur la réalité et la personnalité des droits.

(53) ROGUIN, *op. cit.*, III, N° 972, p. 710 ; voir aussi p. 685, note 1.

CHAPITRE II

LA NOTION DES CHOSES INCORPORELLES ET CELLE DES DROITS SUR DROITS

SOMMAIRE. — 32. La « chose incorporelle » comme objet possible de droit. Théorie des « droits sur droits ». — 33. Critique de ces notions : l'objet du droit réel est toujours une chose corporelle.

32. — Un grand nombre des théories qui ont été formulées au sujet du gage d'une créance, et notamment celles qui y voient un droit réel se greffant sur un droit personnel, se servent pour la construction de leur système de la notion des « choses incorporelles » ou de celle des « droits sur droits » qui n'est qu'une conséquence de la première. On entend par là que l'objet du droit réel n'est pas nécessairement une chose corporelle, mais qu'il peut consister aussi dans une « chose incorporelle », c'est-à-dire un droit considéré en soi, indépendamment de la personne du titulaire, comme un bien patrimonial (1). Les partisans de la conception des « droits sur droits » disent la même chose mais plus explicitement en appelant par leur vrai nom ces « choses incorporelles ». Il n'y a donc pas lieu de faire une distinction entre les deux systèmes comme on a tenté de le faire (2). Toute la question, aussi bien pour les uns que pour les au-

(1) Nous entendons ici par « choses incorporelles » uniquement les droits. La notion comprend aussi les produits de l'esprit, mais ceux-ci restent en dehors de la question dont nous nous occupons.

(2) Cf. RIGAUD, *op. cit.*, p. 392 : « Le Code civil allemand a complètement banni la catégorie des choses incorporelles (§ 90) pour lui substituer la conception des droits sur droits, mais cela ne fait que ressortir davantage cette inélégance d'un droit réel sur un droit per-

tres, est de savoir si un droit peut être juridiquement considéré comme susceptible d'être l'objet d'un autre droit.

La distinction des choses en corporelles et incorporelles est due au droit romain. Les Romains en confondant le droit de propriété avec son objet, ont distingué dans le patrimoine deux sortes de biens : les *res corporales*, ou choses matérielles soumises à l'exercice d'un droit de propriété, et les *res incorporales*, qui n'étaient que les droits eux-mêmes, autres que le droit de propriété, c'est-à-dire les *jura in re aliena* (droit d'usufruit, de servitude, etc.) et les droits de créance. Gaius le dit clairement : *incorporalia sunt quae tangi non possunt qualia sunt ea quae in jure consistunt, sicut hereditas, usufructus, obligationes quoque modo contractae*.

La *res incorporalis* aurait été considérée par les Romains, selon beaucoup d'auteurs (3), comme étant susceptible d'être l'objet d'un droit réel, d'où les constructions courantes de l'*usufructus nominis*, du *pignus nominis*, du *pignus pignoris* et d'autres, qui ne seraient que des droits réels ayant pour objet d'autres droits, réels ou personnels.

Quoi qu'il en soit du droit romain, la notion de « chose incorporelle » a été reprise par les auteurs modernes et elle est passée dans presque toutes les législations (4).

sonnel, inélégance que la conception de la *res incorporalis* avait tout au moins l'avantage de masquer ». Nous avons souligné l'aveu d'un des partisans de la conception de la « chose incorporelle », comme quoi cette notion « masque » une inélégance. C'est un motif très faible pour la préférer à l'autre. Nous y voyons plutôt la condamnation des deux systèmes à la fois.

(3) Cf. FADDA et Bensa, *op. cit.* — CLAPS, *op. cit.*, chap. IV, dans *Archivio giuridico* (nuova serie), VIII, p. 93 et s. — RIGAUD, *op. cit.*, p. 391. Contra : EXNER, *op. cit.*, p. 19, qui soutient que dans le droit romain la *res*, envisagée comme objet du droit, est toujours une chose corporelle ; la *res incorporalis* dont parlent les sources, n'était qu'un élément du patrimoine dans le sens subjectif de droit appartenant à une personne.

(4) Pour ce qui est des *Codes civils français et italien*, l'adoption de la notion de « chose incorporelle », envisagée comme objet de droit, résulte à l'évidence de la comparaison des articles suivants :

Les commentateurs du Code civil français l'emploient couramment tout en réservant en principe, comme objet du droit réel, la chose corporelle. D'où souvent des contradictions sur le véritable objet de ce droit.

C'est ainsi qu'Aubry et Rau disent que : « les objets des droits civils sont corporels ou incorporels » ; et par ailleurs : « les objets incorporels dont s'occupe le Droit sont les droits, les actions, les productions de l'esprit, le patrimoine » (5).

Baudry-Lacantinerie pose d'abord comme principe que le droit réel a pour objet une chose matérielle (6) : « *Comme tout droit quelconque le droit de propriété ne peut avoir pour objet qu'une chose matérielle individuellement déterminée* ». Mais il reprend aussi par ailleurs la notion de la « chose incorporelle » (7) : « Les biens incorporels sont ceux qu'on ne conçoit que par l'intelligence. Tous les droits sont

l'article 516 C. civ. franç. (406 C.civ.it.) dit que tous les biens sont meubles ou immeubles ; l'art. 526 C.civ.franç. (415 C.civ.it.) définit les immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent et parmi lesquels figurent l'usufruit des choses immobilières, les servitudes, etc. ; l'art. 529 C.civ.franç. (418 C.civ.it.) place parmi les meubles par détermination de la loi, les droits, les obligations, les actions, les rentes viagères, etc. ; l'art. 581 C.civ.franç. (478 C.civ.it.) précise que l'usufruit peut être établi sur toutes sortes de biens meubles ou immeubles ; l'art. 588 C.civ.franç. (482 C.civ.it.) parle de l'usufruit d'une rente viagère ; l'art. 2075 C.civ.franç. prévoit la possibilité d'un gage sur des choses incorporelles et l'art. 1878 C.civ.it. définit le gage comme un contrat portant sur une chose mobilière, en y comprenant implicitement les « choses incorporelles » ; l'art. 2114 C.civ.franç. (1964 C. civ.it.) définit l'hypothèque comme un droit réel et l'art. 2118 C.civ. franç. (1967 C.civ.it.) prévoit que l'hypothèque peut porter sur l'usufruit, l'emphytéose, les rentes sur l'état, etc.

Le Code civil allemand exige par contre que la chose, objet du droit, soit corporelle (§ 90) : « Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände ». Cependant il admet la conception des droits sur droits (« Rechte an Rechten »). C'est ainsi que le § 873 parle de la possibilité de grever un droit par une charge (« Belastung eines Rechts ») et les §§ 1068 et s., 1273 et s., de l'usufruit et du gage sur des droits (« Niessbrauch u. Pfandrecht an Rechten »).

(5) *Op. cit.*, II, § 162, p. 1.

(6) *Op. cit.*, I, N° 1330, p. 661.

(7) *Op. cit.*, I, N° 1270, p. 624.

des choses incorporelles, par exemple le droit d'usufruit, le droit de servitude. Sans doute l'objet du droit de servitude porte sur un fonds de terre ou un bâtiment ; mais le droit lui-même est incorporel. » Et maintenant l'application de cette notion (8) : « *L'usufruit peut d'ailleurs porter sur des choses incorporelles* aussi bien que sur des choses corporelles. Ainsi un droit d'usufruit peut porter sur une créance ou sur une rente soit perpétuelle soit viagère. On peut même établir un droit d'usufruit sur un autre usufruit, le second usufruitier est alors substitué au premier pour la durée de celui-ci. » Voilà donc l'objet du droit réel qui ne serait plus uniquement une chose matérielle, mais bien aussi cette « chose incorporelle » qui n'est elle-même qu'un droit.

Nous nous trouverions donc devant une extension considérable du domaine de la réalité, par l'élargissement du concept de la chose elle-même. A côté des richesses, susceptibles d'une appréhension matérielle, il y aurait tous les droits qui portent sur ces richesses ou tendent à des services, qui devraient être considérés en eux-mêmes comme des biens susceptibles d'appréhension réelle. Voilà comment s'expriment sur ce point les auteurs italiens Fadda et Bensa, qui sont parmi les plus ardents défenseurs de cette conception (9) : « A notre avis on ne peut pas mettre en doute pour le droit italien moderne l'inadmissibilité de la distinction entre les choses corporelles et les choses incorporelles dans le sens communément entendu par les romanistes, d'éléments du patrimoine. Le patrimoine est un complexe de droits, c'est-à-dire de choses incorporelles : il n'est pas permis de matérialiser le droit de propriété par une erreur de logique manifeste. La chose, vulgairement parlant, est un concept qui dépasse le cercle des objets matériels, et même le concept philosophique de la chose correspond à cette extension. Pourquoi devrait-on alors limiter *a priori* la notion de la chose au sens juridique ? Si le droit répond

(8) *Op. cit.*, I, N° 1555, p. 777.

(9) *Op. cit.*, 1^{re} édit., p. 665 (cité par CLAPS, *op. et loc. cit.*, chap. IV).

à des besoins humains, s'il est certain que parmi ceux-ci il y a des besoins matériels aussi bien que des besoins intellectuels et moraux, toute la question est de s'entendre sur les limites plus ou moins étendues dans lesquelles le droit doit intervenir, mais non pas de l'exclure complètement du champ de ces derniers intérêts. Ce n'est pas tout. L'intérêt matériel (pécuniaire) peut se rapporter aussi à des choses incorporelles, lesquelles, tout en n'étant concevables que par l'esprit, ne cessent pas d'avoir une existence réelle. On ne peut pas dire quant à l'objet du droit, comme on le fait pour son sujet, qu'il y en a un déterminé par la nature, les autres n'étant que des créations du droit (ainsi : les personnes juridiques). *Le concept de la chose est progressif, comme le sont les besoins humains.* La chose donc au sens juridique, en l'envisageant à un point de vue générique, est tout bien qui peut constituer l'objet d'un droit patrimonial ».

Les auteurs allemands se sont servis de la notion romaine de *res incorporalis*, pour édifier leur subtile théorie de « *droits sur droits* » (« *Rechte an Rechten* ») qui a eu pendant tout le siècle dernier des partisans ardents (10).

Cette théorie explique à merveille, il faut l'avouer, des constructions compliquées comme celle de l'usufruit d'une créance ou celle du gage d'une créance, à la condition cependant, qu'on accepte qu'un droit réel puisse porter sur un droit de créance et en général, que l'objet du droit soit un autre droit. Les partisans de la conception des « *droits sur droits* » raisonnent de la façon suivante : le droit dans les rapports du sujet actif, son titulaire, avec le sujet passif est bien un pouvoir de volonté, une relation idéale, subjective, qui n'est point susceptible de faire fonction d'objet ; on ne peut donc pas avoir un droit qui porte sur un droit

(10) Cf. GESTERDING, *op. cit.*, lequel aurait été le premier à faire appel à cette théorie pour expliquer la nature du gage d'une créance (v. ROMANO, *op. cit.*, p. 75). — WINDSCHEID, *op. cit.*, I, § 48 a. — BREMER, *op. cit.*, p. 36 et s. — SOHM, *op. cit.*, p. 43. — HANAUSEK, *Die Lehre vom uneigentlichen Nießbrauch*, Erlangen, 1879. —

propre (11). Cependant, tout droit, un droit de créance par exemple, prend un tout autre aspect dès qu'il est mis en rapport avec des tiers. A ce moment il s'« objective » et se détache en quelque sorte de la personne de son titulaire, pour devenir un *bien*, ayant une valeur patrimoniale et étant susceptible par conséquent de faire l'objet du droit d'un tiers. Ce dédoublement fonctionnel se remarque très bien au moment de la transmission des droits. A ce moment le droit, qui était un pouvoir de volonté, une manifestation subjective de la part du titulaire, devient un objet qui existe en soi et sur lequel on peut avoir deux pouvoirs distincts et successifs. Cependant, dès qu'un pouvoir de volonté s'affirme et se concrétise à nouveau, le droit y est absorbé et il se subjective : mais avant cela, son aspect objectif est évident (12).

Si donc, dit Salvatore Romano, le droit peut à partir d'un certain moment, être considéré comme objet, on conçoit fort bien qu'un droit peut porter sur un autre droit. S'il est vrai que le droit est en effet un bien qui se subjective dès qu'une personne en devient le plein titulaire, il n'en est pas moins vrai que si la titularité n'est plus entière mais limitée il continue, pour certains de ses aspects, ceux auxquels se rapportent lesdites limites, à être l'objet possible d'un autre droit. Ainsi pour la créance donnée en gage, celle-ci confère toujours à son titulaire le pouvoir de demander la prestation malgré le droit de gage ; mais ce pouvoir n'est pas plein et absolu, il n'investit pas la créance dans tout son être, vu que cette même créance est grevée d'une charge. Cette charge est possible dans la mesure où le pouvoir de volonté du titulaire de la créance est limité, mais elle ne pèse pas sur ladite volonté ; elle appréhende

STAMMLER, *Der Niessbrauch an Forderungen*, Erlangen, 1880. Pour la littérature plus récente, voir les auteurs cités dans STAUDINGER, *op. et loc. cit.* — En Italie : FADDA et Bensa, *op. cit.* — CLAPS, *op. et loc. cit.*, chap. IV. — ROMANO, *op. cit.*, p. 74-93.

(11) ROMANO, *op. cit.*, p. 85.

(12) ROMANO, *op. cit.*, p. 88.

la créance en tant que bien, en tant qu'objet, c'est-à-dire en tant que chose, dans la mesure où elle reste en dehors de la volonté de son titulaire, et peut être comme telle l'objet du droit du créancier gagiste. La créance, qui appartient toujours au débiteur, n'est pas transmise au créancier en tant que droit propre qui l'absorberait entièrement en la subjectivant à son profit ; elle reste pour lui un objet externe sur lequel s'exerce son droit particulier. En somme, tous les droits sont des objets qui cessent d'apparaître comme tels dès qu'ils s'identifient complètement avec un sujet déterminé, puisqu'alors ils se confondent avec son propre pouvoir de volonté. Si, par contre, l'identification n'est que partielle, leur qualité d'objet persiste et c'est sur cette base que peut s'élever le droit différent d'un autre sujet. Ce droit secondaire aura pour objet le droit initial, pour ainsi dire primaire et fondamental, non pas en tant que pouvoir de volonté, mais justement dans la mesure où il n'en est pas un, vu les limites qui lui sont imposées.

Le droit supérieur ne peut être qu'un droit de *nature réelle*, car il appréhende son objet — qui n'est autre que le droit inférieur considéré comme bien — avec un pouvoir immédiat, c'est-à-dire sans l'intervention d'une personne obligée. Tous les droits dont la construction compliquée exigerait l'acceptation de cette théorie des « droits sur droits », seraient des droits réels greffés sur d'autres droits réels ou sur des droits personnels. Ainsi l'usufruit d'une créance, ainsi aussi le gage d'une créance. On ne pourrait pas, en effet, envisager un droit personnel ayant pour objet immédiat un droit, car le droit personnel, de par sa nature juridique, ne peut atteindre son objet que par l'intermédiaire de la prestation.

La réalité du droit supérieur résulterait aussi du fait qu'il est opposable *erga omnes*, alors même que le droit inférieur, son objet, ne serait qu'un droit de créance, c'est-à-dire un droit relatif. C'est ce qu'on devrait voir dans le cas du gage d'une créance. Le créancier gagiste, tout en n'ayant qu'un droit partiel, aurait un pouvoir immédiat, vu

qu'il assujettit la chose sans l'intervention d'une personne obligée, et par ailleurs son pouvoir serait absolu, c'est-à-dire opposable à tout le monde : au tiers débiteur, à son propre débiteur et même aux tiers tout court (13).

Voici d'ailleurs ce que dit Rigaud (14) qui tout en se défendant, comme il a été noté plus haut, d'acquiescer à la théorie des « droits sur droits » qui « ne fait que ressortir davantage cette inélégance d'un droit réel sur un droit personnel », ne fait en somme que la « masquer », comme il le dit lui-même, sous la notion plus séduisante de « chose incorporelle » : « Il y a droit réel parce qu'il y a une attribution établie par la loi ou par les conceptions courantes, au profit d'un sujet, d'un droit appartenant à autrui, droit considéré comme objet de cette attribution, sans que cette attribution fasse perdre à celui qui est le sujet du droit considéré comme chose incorporelle, et objet du droit réel supérieur, la qualité de titulaire. Et sans doute ainsi que la remarque a été faite (15), si le droit sur le droit d'autrui a pour objet *immédiat* ce droit considéré comme une chose incorporelle, il est certain qu'il a, par ce droit et au moyen de ce droit, pour objet *plus lointain*, la chose sur laquelle porte ce droit inférieur s'il est réel, ou s'il est personnel, la personne du débiteur considéré comme objet, ou plutôt la prestation à fournir par ce débiteur. Cependant, même dans ce dernier cas, la figure juridique du rapport dominant, c'est-à-dire du droit supérieur, vis-à-vis du droit inférieur ou soumis, reste réelle ; elle ne devient pas personnelle parce que la prestation n'existe pas dans l'intérêt du titulaire du droit supérieur ou dominant, de sorte qu'il n'est pas le sujet actif de cette prestation. »

Ainsi donc « choses incorporelles » ou « droits sur droits » cela revient au même. On considère dans ces théories que les droits sont des *biens* qui se détachent de la per-

(13) Cf. ROMANG, *op. cit.*, p. 92. — CLAPS, *op. cit.*, chap. IV.

(14) *Op. cit.*, p. 394.

(15) WINDSCHEID, *op. cit.*, § 48 a.

sonne de leurs titulaires, s'objectivent, et comme tels sont susceptibles, au même titre que les richesses physiques, de constituer les objets possibles d'autres droits réels. L'objet du droit réel, limité dans certaines conceptions à l'appropriation des richesses, prend ainsi dans lesdites théories une extension considérable, voire même illimitée, car tout droit portant sur une richesse ou tendant à un service est une « chose incorporelle », et toute « chose incorporelle » est à son tour l'objet possible d'un droit réel et ainsi de suite. Ainsi les droits au lieu de coexister parallèlement dans des limites définies, « chevaucheraient » par contre les uns sur les autres à l'infini, chacun étant à la fois un pouvoir subjectif de volonté et l'objet possible d'un droit réel à venir.

33. — *Critique de la notion des « choses incorporelles » et de celle des « droits sur droits ».* L'objet du droit réel est toujours une chose corporelle. — Les théories qui défendent la notion des « choses incorporelles » et celle des « droits sur droits » qui en est la conséquence immédiate, ont été l'objet de nombreuses critiques. Ces théories, en effet, sont toutes artificielles et font appel à des fictions qui compliquent au lieu de les simplifier certaines institutions, autrement parfaitement explicables si l'on tient compte de quelques vérités fondamentales.

Pour nous, l'objet du droit réel ne peut être qu'une chose corporelle (16), car il traduit l'assujettissement physique d'une richesse au pouvoir d'une personne. Considérer le droit, son véritable objet relégué au second plan, comme une richesse en soi, incorporelle, comme un *bien patrimonial*, c'est vouloir donner une existence réelle à un pouvoir idéal qui n'est que l'expression juridique des réalités économiques que constituent les richesses physiques et les services.

(16) Cf. ROGUIN, *Sc. jur. pure*, I, p. 435 et *passim*. — BONNECASE, *op. cit.*, I, (2^e édit.), N^o 545, p. 457. — QUINCARLET, *op. cit.*, p. 407.

La notion de bien au sens juridique du mot, comme le disent fort bien certains auteurs qui se sont élevés contre la fiction de la « chose incorporelle » (17), ne peut être attribuée au droit envisagé en lui-même, pas plus qu'à la chose considérée indépendamment du droit qui la domine ; la notion de bien traduit une relation intime et constante entre le droit, pouvoir de volonté et la chose corporelle ou la prestation expressions juridiques des richesses et des services. Le bien est le rapport du droit à l'objet, mais ni le droit ni son objet considérés indépendamment l'un de l'autre.

Pour ce qui est de la théorie des « *droits sur droits* », c'est principalement en Allemagne, là même où on l'a si prodigieusement développée, qu'elle a été le plus vivement attaquée. Les auteurs la qualifient d'une façon générale comme antijuridique. C'est ainsi que Vangerow (18) parle d'une « absurdité logique et juridique », Exner (19) d'une « impossibilité logique » et Demelius (20), tout en y voyant une conception parfaitement acceptable si on comprend dans le concept des biens patrimoniaux le droit subjectif au même titre que la chose corporelle, ne peut pas s'empêcher de la considérer comme « erronée et antijuridique », dès qu'on la conçoit comme un phénomène juridique réel.

Tout un système, très subtil et très séduisant, a été construit pour expliquer la véritable nature des soi-disant « droits sur droits » (« Rechte an Rechten »). C'est la théorie de la *succession constitutive* (« Konstitutive Succession ») qui, au lieu de les greffer les uns sur les autres, fait dériver les droits secondaires des droits primaires (« Rechte von Rechten ») (21). Nous avons déjà parlé de cette théorie dans

(17) Cf. MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, Paris, 1868, II, p. 392. — QUINCARLET, *op. cit.*, p. 409.

(18) *Op. cit.*, § 338.

(19) *Op. cit.*, chap. III.

(20) *Op. cit.*, p. 244.

(21) Cf. EXNER, *op. cit.*, chap. III et VII. — BEKKER, *op. et loc. cit.* — VON TUHR, *op. et loc. cit.*

la partie consacrée aux différentes doctrines sur la nature du gage des créances (22). Nous y avons exposé sa partie constructive. Si donc nous revenons sur cette conception, c'est pour insister sur sa partie critique, qui s'adresse à ceux des auteurs qui soutiennent la possibilité de la construction d'un droit portant sur un autre droit.

Une des critiques essentielles des adversaires de la conception des « droits sur droits » est tirée de la définition même du droit subjectif en tant que pouvoir de volonté garanti par l'ordre juridique. Comment, en effet, une manifestation subjective de l'individu auquel la loi reconnaît un pouvoir privatif dans les limites de son contenu, peut-elle être considérée à son tour comme faisant l'objet d'un autre pouvoir privatif ? Le pouvoir subjectif d'une personne, pouvoir qu'on nomme droit, est de par sa nature exclusif de tout autre pouvoir subjectif d'une autre personne, pour les prérogatives qui forment le contenu de ce pouvoir. Le droit d'une personne implique nécessairement l'absence du même droit chez les autres personnes. Les droits coexistent parallèlement dans les limites et nécessairement *jusqu'aux* limites qui leur sont assignées par la loi ; ils ne s'entremêlent pas les uns aux autres pas plus qu'ils ne peuvent « chevaucher » les uns sur les autres.

Mon droit sur un fonds de terre exclut, pour les utilités de son contenu, toute autre personne de la jouissance dudit fonds. Si toutefois un certain individu peut prétendre exercer un certain droit sur le même fonds, ce droit il ne l'exercera certainement pas aux dépens de mon pouvoir de volonté, mais il coexistera sur le même objet, parallèlement avec mon propre droit, qui subira de ce fait un amoindrissement de son contenu au profit du contenu du droit coexistant.

D'ailleurs, les partisans de la conception des « droits sur droits » pèchent souvent dans leur propre raisonne-

(22) Voir *supra* « Les théories de la personnalité ».

ment. C'est ainsi que Salvatore Romano (23) admet que le droit reste un pouvoir subjectif quand il s'identifie complètement avec son titulaire. Mais dès qu'il ne s'identifie plus entièrement, dès qu'il a été transmis partiellement à quelqu'un d'autre, il s'objectiverait, il deviendrait donc un bien, sur lequel on pourrait avoir deux pouvoirs distincts et successifs. Mais alors le même droit serait en partie un pouvoir subjectif appartenant au premier titulaire et en partie un objet entre les mains du second titulaire. Ce qui est plus grave c'est que dans certaines circonstances la situation peut se trouver renversée. C'est ainsi que dans l'usufruit d'une créance par exemple, si c'est le droit de créance qui a été transmis et le droit d'usufruit qui a été conservé par le premier titulaire, son droit ne se trouverait plus entre ses mains comme pouvoir subjectif, mais en tant que bien, en tant qu'objet de son usufruit. Ce serait, si l'on veut être conséquent, un droit sur le droit de créance du second titulaire. Ce qui reviendrait à dire que le droit du premier titulaire s'est « métamorphosé » entre ses mains : de pouvoir subjectif il est devenu un objet sur lequel il aurait acquis un nouveau droit subjectif à contenu plus restreint. Quant au second titulaire, il s'est vu transmettre le droit du premier titulaire, non pas en tant que bien, mais en tant que pouvoir subjectif de volonté, dans la mesure où il excède les limites du droit d'usufruit. Toutes ces idées qui sont autant de conséquences de la même conception, sont aussi paradoxales qu'inacceptables.

Exner qui combat âprement la conception des « droits sur droits » en se basant justement sur la notion même de droit subjectif, dit fort bien (24) qu'il est inadmissible de détacher cette relation idéale que nous appelons un droit de ses points de rapport, de l'objectiver et de la mettre sur une même ligne avec les choses corporelles du monde extérieur. Car, dit-il, les droits ne se situent pas en dehors de la personne, précisément parce qu'ils sont des pouvoirs de vo-

(23) *Op. cit.*, p. 85, à la suite de Windscheid auquel il se réfère.

(24) *Op. cit.*, chap. III.

lonté créés par le Droit, et que ni pouvoir ni volonté n'apparaissent dans le monde comme objets isolés.

Une seconde critique, très bien relevée par les partisans de la succession constitutive, est celle que jamais les droits ne sont eux-mêmes susceptibles de transmission (25). Ce qu'on transmet ce n'est pas le droit mais bien l'objet sur lequel il porte (26). Le droit est un pouvoir personnel qui existe virtuellement, pour ainsi dire à l'état latent, dans chaque individu. Il devient effectif au moment de l'appréhension d'une chose. Mais il s'éteint au profit du droit d'un autre individu au moment de la transmission, à la condition qu'elle porte toutefois sur l'ensemble des prérogatives qui forment son contenu. Si cette transmission n'est que partielle, le pouvoir effectif du premier titulaire s'éteint partiellement pour les prérogatives qui font l'objet de la transmission, au profit du droit effectif d'un second titulaire. Chacun des deux titulaires conserve cependant virtuellement le pouvoir pour la partie des prérogatives qui lui fait défaut.

Les deux titulaires successifs se partagent donc les utilités d'une même chose, mais jamais le second titulaire ne peut prétendre avoir obtenu par transmission, ne fût-ce que partiellement, le droit du premier titulaire.

Enfin nous croyons que la critique la plus décisive contre cette conception des « droits sur droits », c'est sur le terrain de la réalité et de la personnalité des droits qu'elle doit être formulée. C'est pourquoi nous retournerons un peu en

(25) Du moins pour cette espèce de succession, car pour la *succession translativæ* (« translativæ Rechtsnachfolge ») quelques-uns ont l'air de croire que c'est le droit lui-même qui est transmis ; cf. von THIER, *Allg. T. des dts. bürgerl. R.*, II (1^{re} partie), § 45, p. 59.

(26) Il est étonnant de voir un des partisans convaincus de l'idée de droit considéré comme « chose incorporelle », acquiescer cependant à cette vérité qui contredit notoirement tout son système ; cf. RIGAUD, *op. cit.*, p. 396, note 1 : « Si l'on va au fond des choses, les droits ne sont pas susceptibles de transmission, on achète ou on vend la valeur qui résulte des choses ou de l'activité humaine, on n'achète point, on ne vend point des droits ».

arrière pour reprendre les conclusions formulées sur les différences de nature irréductibles qui séparent le droit réel du droit personnel afin d'en faire l'application ici.

Les partisans de la conception que nous critiquons relèvent, nous l'avons vu, dans certaines figures juridiques assez complexes en apparence, comme celle de l'usufruit d'une créance ou du droit de gage sur une créance, l'existence d'un droit réel ayant comme objet le droit de créance lui-même.

Ils disent, en effet, d'une façon générale que le droit supérieur ne peut être que réel vu qu'il assujettit l'objet (le droit de créance) avec un *pouvoir immédiat*, et ils entendent par là : sans l'intervention du titulaire du droit assujetti. De même, ce serait un *droit absolu*, c'est-à-dire opposable à tout le monde, aussi bien au titulaire de la créance assujettie qu'au tiers débiteurs et même qu'aux tiers tout court.

Abstraction faite de l'impossibilité juridique de la conception d'un « droit sur un droit » et ce qui est plus grave d'un droit réel portant sur un droit structurellement aussi différent qu'un droit personnel, question dont nous allons parler par la suite, nous contestons dans les deux cas cités, et en général dans tous les cas des droits réels portant soi-disant sur des droits personnels, la qualité de droit réel attribuée au droit supérieur.

En effet, les droits supérieurs dont on parle ne présentent pas les deux caractéristiques du droit réel : le pouvoir immédiat et le pouvoir absolu. Pour jouir d'un pouvoir immédiat, et on entend *juridiquement immédiat*, le titulaire du droit supérieur devrait pouvoir obtenir satisfaction de son droit directement, par lui-même, sans l'intervention d'une personne obligée. Or, aussi bien l'usufruitier que le créancier gagiste, tout en ayant un contact direct avec cet objet fictif qui est le droit de créance lui-même, ne peuvent obtenir satisfaction que d'une façon *juridiquement médiate*, par l'intervention d'une personne obligée, à savoir : le débiteur de cette créance. Ce qui fait croire à un pouvoir

immédiat, et c'est ce qui induit en erreur la majeure partie des auteurs, c'est la non-nécessité de l'intervention du titulaire du droit assujetti pour la satisfaction du droit supérieur. Mais cela est indifférent pour la nature de ce droit-ci. Cela s'explique tout simplement par le fait que certaines des utilités qui composaient le contenu du droit inférieur sont sorties du patrimoine du titulaire de ce droit en tant que facultés actives (elles y sont cependant restées à l'état latent) pour constituer le contenu d'un nouveau droit entre les mains d'un second titulaire. Le cessionnaire n'a pas besoin pour la satisfaction de son droit de l'intervention du cédant. Il n'a pas cependant un droit réel, car son pouvoir ne peut s'exercer qu'à travers la prestation du débiteur cédé. L'usufruitier et le créancier gagiste d'une créance n'ont donc pas de pouvoirs juridiquement immédiats pour la satisfaction de leurs droits, mais seulement des pouvoirs juridiquement médiats comme titulaires d'un droit personnel. S'ils n'ont pas besoin du concours du titulaire initial, c'est que le contenu de leur droit ne se trouve plus dans le patrimoine de celui-ci qu'à l'état latent.

Quant à l'autre attribut de *pouvoir absolu*, on confond comme d'habitude l'absoluité d'un droit avec son opposabilité. Les droits dont on parle ne sont pas absolus, tout en étant, comme d'ailleurs tout droit, opposables à un cercle plus ou moins étendu de personnes. Que l'usufruit ou le gage d'une créance soient opposables au tiers débiteur, c'est tout naturel puisque leurs titulaires ont reçu un droit à des prestations à fournir par celui-ci. Qu'ils soient opposables au créancier titulaire du droit de créance c'est tout aussi naturel, puisque leurs titulaires sont avec lui en rapport d'obligation du fait de la convention qu'ils ont conclue ensemble ou du fait de la loi. En ce qui concerne les autres tiers, il y en a quelques-uns parmi ceux-ci, les créanciers chirographaires du titulaire de la créance assujettie et en général ses ayants cause postérieurs, auxquels ces droits supérieurs sont opposables, non pas en tant que réels et absolus, mais parce qu'ils ne font plus partie quant à leur

contenu et effectivement, du patrimoine du titulaire de ladite créance, tout comme dans le cas d'une cession de créance où le cessionnaire a aussi un droit opposable aux ayants cause du cédant, vu que la créance est sortie du patrimoine de ce dernier, et non pas parce qu'il aurait un droit réel et absolu. Quant à tous les autres tiers, l'usufruit et le gage d'une créance leur sont opposables comme tout droit quelconque qui astreint tout le monde à un devoir universel de non-immixtion.

Ce qui fait le caractère absolu d'un droit réel, ce n'est pas son opposabilité à quelques personnes fussent-elles même assez nombreuses, mais c'est ce devoir universel d'abstention que subit tout le monde du fait de l'exercice privatif d'un droit réel sur une richesse. Le titulaire du droit réel se trouve en présence de tout le monde ; c'est entre lui et tout le monde que se joue l'équilibre des forces. Tandis que l'usufruitier et le créancier gagiste d'une créance se trouvent en présence du seul débiteur, astreint à une prestation. C'est entre eux et celui-ci que se joue l'équilibre des forces. Leurs droits ne peuvent donc être que des droits relatifs.

Disons encore un mot sur la construction d'un droit réel sur un droit personnel : serait-elle chose possible en admettant même, par hypothèse, que le droit supérieur puisse être un droit réel ? Nous ne le croyons pas. La différence de nature entre le droit réel et le droit personnel est trop profonde pour que le premier puisse « chevaucher » sur le second, selon l'expression de Demogue. Le propre du droit réel étant la satisfaction directe du titulaire du droit par ses propres moyens, comment pourrait-il porter sur un droit de créance, qui ne peut satisfaire son titulaire que par l'activité de la personne obligée ? Et même, en admettant qu'on puisse le considérer comme portant directement sur le droit de créance, en tant qu'entité indépendante, cela suffirait-il pour dispenser le titulaire du droit supérieur de s'adresser à la personne obligée pour obtenir satisfaction ? Son pouvoir n'est-il pas en dernière analyse

un pouvoir simplement et juridiquement médiat ? En somme, l'usufruitier et le créancier gagiste d'une créance ne peuvent avoir qu'un droit de même nature que le droit du titulaire de la créance assujettie, de même nature encore que le droit d'un second titulaire qui aurait obtenu par une transmission entièrement consommée de la créance, tout le contenu du droit de créance. Or ces droits-ci ne sont certainement ni réels, ni absolus, mais simplement personnels et relatifs.

Pour toutes les raisons ci-dessus, nous rejetons donc la conception des « droits sur droits », comme étant aussi fausse qu'inutile.

CHAPITRE III

LE CONTENU JURIDIQUE DE LA GARANTIE RÉELLE

SOMMAIRE. — 34. Le contenu juridique de la garantie réelle : *aliénation d'une partie de la valeur économique* de la chose grevée sous condition suspensive et *indisponibilité* de cette même valeur sous condition résolutoire. — 35. La notion de la réalité n'est pas de l'essence de la garantie réelle. Cette garantie est caractérisée par son *contenu* qui peut s'exprimer aussi bien à l'aide d'un droit réel que d'un droit personnel.

34. — *L'aliénation conditionnée de la valeur et l'indisponibilité.* — Nous allons analyser maintenant le *contenu juridique* du droit de garantie réelle. Il ne suffit pas, en effet, de dire que la garantie réelle confère tantôt un droit réel, tantôt peut-être un droit personnel. Il faut aller au fond des choses et voir quels sont les éléments juridiques que renferme cette notion, éléments qui forment son contenu. Les droits réels, en effet, n'ont pas tous le même contenu. Ils ne confèrent pas tous les mêmes utilités, les mêmes prérogatives, malgré leur inclusion dans la notion générique de la réalité. Il y a parmi ceux-ci des droits à contenu plus fort et en premier lieu le droit de propriété qui absorbe toutes les utilités qu'on peut tirer d'une chose, le droit d'usufruit qui absorbe seulement certaines de ces utilités, et enfin des droits à contenu plus restreint comme, par exemple, les servitudes.

Il est certain que le droit de garantie réelle, même dans le cas où il confère un droit réel (à cause de la nature de l'objet sur lequel il porte), n'a le contenu d'aucun des droits réels principaux.

Quel est donc le contenu de la garantie réelle ? Celle-ci comme la garantie personnelle est l'accessoire d'un droit de créance. Elle vise à assurer au créancier garanti une satisfaction subsidiaire, au cas où sa créance ne serait pas satisfaite à l'échéance. Cette satisfaction lui sera donnée dans un cas sur un bien spécialement désigné, dans l'autre cas sur l'ensemble du patrimoine de son débiteur. Il est évident que cette satisfaction subsidiaire ne se fait pas en nature, c'est-à-dire qu'elle ne garantit pas au créancier l'objet même de la prestation due. Elle ne peut être qu'une satisfaction par équivalent, calculée sur la base de la valeur économique de la créance garantie. La garantie réelle a donc pour but d'assurer au créancier sur un bien déterminé, chose corporelle ou créance, la même valeur économique que celle représentée par la créance garantie.

La garantie réelle a donc comme contenu *une certaine partie de la valeur économique* d'un bien déterminé.

Cette idée de valeur économique qui formerait le véritable contenu du droit de garantie réelle a été énoncée et développée par beaucoup d'auteurs. Nous en avons déjà parlé dans la partie consacrée aux différentes doctrines sur la nature du gage d'une créance.

L'auteur allemand Sohm (1) parle de deux catégories de droits très voisines qui tendent à une valeur patrimoniale : les droits qui tendent à un objet, c'est-à-dire à sa valeur patrimoniale, ainsi les droits d'obligation et les droits qui, tout en portant sur un objet, tendent à la valeur patrimoniale de cet objet déterminé, ainsi les droits de garantie réelle.

Les auteurs italiens, Gugino (2) et Chironi (3), parlent eux aussi de cette même notion de valeur économique, comme contenu du droit de garantie réelle. Chironi (4) pré-

(1) *Op. et loc. cit.*

(2) *Op. et loc. cit.*

(3) *Op. et loc. cit.*

(4) *Op. cit.*, I, p. 58.

cise même qu'il s'agit d'une *aliénation de valeur* au profit du créancier garanti. Voici ce qu'il dit à ce sujet : « La spécialisation de la valeur d'une ou de plusieurs choses respectivement à une obligation déterminée est mieux précisée en parlant d'*aliénation* de la valeur : puisque le contenu est effectivement l'*aliénation*, on agit très correctement en définissant de cette façon-ci le droit réel de garantie. Celui-ci a pour objet direct et immédiat la *valeur* dont la quantité est déterminée par l'obligation garantie ; et il est opposable à n'importe quelle personne ; les créanciers qui agissent en exécution sur le patrimoine, dont fait partie la chose donnée en garantie, n'ont pas de droit sur une *valeur* déjà aliénée, puisqu'elle est destinée spécialement à la sûreté d'une créance et quiconque acquiert la chose grevée a sur celle-ci un pouvoir limité par le droit de garantie réelle. » Donc pour Chironi la valeur économique d'un bien déterminé, spécialement affecté à la sûreté d'une créance, sort en quelque sorte juridiquement du patrimoine du débiteur, elle est aliénée au profit du créancier garanti. C'est ce qui expliquerait son indisponibilité entre les mains du débiteur.

Parmi les auteurs français, le Prof. Bonnecase (5) et à sa suite M. Quincard (6) font appel à cette notion de valeur économique. Ces auteurs considèrent très justement, que les droits de garantie réelle tendent, à travers l'individualité organique de la chose, à sa valeur économique. Et ils appellent les droits réels de garantie, droits réels de « second degré », pour marquer ainsi leur différence avec les droits réels principaux, ou de « premier degré », qui par contre visent la chose dans son individualité organique.

« Dans les droits réels principaux ou du premier degré — dit fort bien le Prof. Bonnecase (7) — le titulaire est en contact avec la matérialité de la chose. Il s'en approprie ce

(5) *Op. cit.*, I, N° 594 et s. et II, N° 35 et s.

(6) *Op. cit.*, p. 400 et s. et 428 et s.

(7) *Op. cit.*, I, p. 455.

qu'elle peut contenir, et cela par le moyen tant d'actes matériels que d'actes juridiques. Au contraire, avec les droits réels accessoires ou de second degré, la situation change complètement. Le titulaire du droit n'est plus en contact avec la chose prise dans sa réalité matérielle. Il a simplement *un droit de regard sur la valeur économique* représentée par cette chose jusqu'à l'heure où viendra la faculté de réaliser son droit. »

Par conséquent, contrairement aux droits principaux, les droits de garantie réelle — qu'ils soient réels ou personnels, suivant la nature juridique de l'objet grevé — n'incluent pas dans leur contenu les utilités matérielles que la chose dans son individualité organique est susceptible de procurer. Ce sont des droits accessoires ou de second degré qui ne procurent pas au créancier titulaire une jouissance immédiate de la chose sur laquelle ils portent, selon ses facultés juridiques ou matérielles, mais qui ont pour but la sauvegarde d'une partie de la valeur économique de la chose pour la satisfaction ultérieure de ce même créancier.

Si l'on analyse plus profondément le contenu juridique du droit de garantie réelle, on y découvre deux éléments : une *aliénation d'une partie de la valeur* de la chose grevée au profit du créancier garanti et une *indisponibilité* entre les mains du titulaire de la chose grevée; de cette même valeur économique, jusqu'au jour de l'échéance de la créance garantie.

Un premier élément du droit de garantie réelle est donc l'*aliénation d'une partie de la valeur* de la chose grevée, jusqu'à la concurrence du montant de la créance garantie, au profit du créancier. Cette aliénation n'est pas pure et simple, elle n'a pas d'effet immédiat, car alors le créancier pourrait poursuivre le recouvrement de la valeur avant même l'échéance de la créance garantie. Si, par exemple, pour une cause quelconque, la valeur venait à se détacher, à se libérer de la chose qui l'incluait, le créancier garanti pourrait en disposer sans délai. L'effet de l'aliénation est retardé ; c'est une *aliénation sous condition sus-*

pensive. Le créancier garanti ne devient titulaire de la valeur aliénée que si le jour de l'échéance la créance garantie ne lui a pas été acquittée. Si par contre, satisfaction lui est donnée le jour de l'échéance, la condition ne s'étant pas réalisée, la valeur aliénée sous condition doit être considérée comme n'ayant jamais cessé de faire partie du patrimoine du titulaire de la chose grevée.

Un second élément qui entre dans le contenu du droit de garantie réelle se concrétise dans l'*indisponibilité* qui frappe la même partie de la valeur économique de la chose grevée durant l'existence du droit de garantie, c'est-à-dire jusqu'au jour de l'échéance de la créance garantie. C'est ce qu'on appelle généralement la *mainmise* sur la chose grevée, qui selon la nature de cette chose peut prendre des formes différentes.

La partie de la valeur de la chose grevée, correspondant au montant de la créance garantie, se trouve bloquée entre les mains du débiteur titulaire de la chose. Cette valeur prend à l'intérieur de la chose, parmi les éléments qui la composent, une physionomie propre ; elle s'individualise en quelque sorte et ne subit pas les fluctuations survenues dans le statut juridique de l'ensemble de la chose, par suite des opérations juridiques qui peuvent la concerner. Ainsi elle échappera à la poursuite des autres créanciers du débiteur ; ainsi encore si la chose passe entre les mains d'un tiers, le changement de titularité n'affectera en rien la physionomie juridique de la partie de la valeur économique frappée d'indisponibilité.

On peut comparer la situation juridique de la valeur affectée d'un droit de garantie réelle, à la situation qui résulte du remploi d'une valeur dotale, pour un bien à dotalité incluse. La valeur dotale forme à l'intérieur de ce bien un « îlot » juridique soumis à un statut spécial, celui de la dotalité, et elle ne pourra de ce fait être affectée par les changements intervenus dans le statut juridique de ce bien, considéré dans son ensemble.

L'indisponibilité qui frappe une partie de la valeur de

la chose grevée, n'est pas non plus une indisponibilité juridiquement pure et simple, car alors la chose resterait grevée à demeure, ce qui est contraire au but de la garantie réelle. Les deux éléments, l'aliénation de la valeur et l'indisponibilité, sont des éléments à fonctions juridiques complémentaires ; ils ne jouent pas au point de vue de leur efficacité, d'une façon simultanée. L'indisponibilité doit fonctionner dans la période qui précède l'échéance de la créance garantie, elle assure la pleine efficacité du second élément, qui lui ne jouera qu'à partir de cette échéance.

Alors que l'aliénation de la valeur est faite sous condition suspensive, son effet étant ainsi retardé jusqu'au jour de l'échéance, l'indisponibilité est juridiquement affectée d'une *condition résolutoire*, c'est-à-dire qu'elle a un effet immédiat, mais elle disparaît rétroactivement à l'arrivée de la condition : le paiement du créancier le jour de l'échéance. On remarquera que cette condition est l'inverse de celle qui affecte l'aliénation de la valeur : alors que celle-ci était une condition à contenu négatif, la première est une condition positive.

Si la condition résolutoire ne se réalise pas le jour de l'échéance, c'est-à-dire, si le créancier garanti n'est pas payé ce jour-là, l'indisponibilité devenue pure et simple rend toute son efficacité à l'aliénation de la valeur, devenue elle aussi effective par l'arrivée de la condition suspensive. Le créancier garanti devenu titulaire pur et simple de la partie de la valeur qui lui a été affectée, pourra procéder à partir de ce jour-là au recouvrement de cette valeur, par tous les moyens juridiques qui lui sont offerts selon la nature juridique de la chose grevée.

Les droits de garantie réelle, qu'il s'agisse de l'hypothèque par exemple ou du droit de gage, diffèrent donc essentiellement par leur contenu des droits principaux, réels ou personnels. Ce sont des droits accessoires s'analysant en une aliénation sous condition suspensive d'une partie de la valeur de la chose grevée et en une indisponibilité de cette même valeur, sous condition résolutoire. L'indis-

ponibilité ou la mainmise peut s'extérioriser dans des formes différentes suivant la nature de l'objet grevé. Ainsi dans le cas de l'hypothèque, c'est l'inscription hypothécaire ; dans le cas du droit de gage, la mise en possession s'il s'agit d'une chose corporelle ou la signification s'il s'agit d'une créance. Alors que les droits principaux, réels ou personnels, confèrent à leurs titulaires des prérogatives sur la chose elle-même ou sur ses aptitudes juridiques, les droits de garantie ne procurent aucune des jouissances actuelles que la chose serait susceptible de fournir ; ces jouissances continuent à former le contenu des droits appartenant à d'autres. Les droits de garantie touchent la chose au delà de son individualité organique, en tant que renfermant une valeur économique. C'est pourquoi ces droits ont été appelés très justement *droits de second degré*, pour marquer leur différence structurelle par rapport aux droits principaux, ou de premier degré. Nous allons voir par la suite que ces droits de second degré peuvent être aussi bien de nature réelle que personnelle, suivant la nature de l'objet grevé.

35. — *La notion de la réalité est-elle de l'essence de la garantie réelle ?* — Avant de terminer ce chapitre qui traite du contenu juridique du droit de garantie réelle, nous devons nous poser une question adjacente et essayer de la résoudre ; il s'agit de savoir si la réalité est de l'essence de la garantie réelle ; si, en d'autres mots, les droits que celle-ci confère sont toujours des droits réels. On a généralement tendance à identifier les deux notions de garantie réelle et de droit réel, comme on identifie par ailleurs garantie personnelle et droit d'obligation.

Nous avons vu quel est le contenu juridique de la garantie réelle : aliénation de la valeur et indisponibilité. Est-ce à dire que ce contenu doit nécessairement se concrétiser sous la forme d'un droit réel ? Qu'il ne peut jamais prendre la forme d'un droit d'obligation ? Nous ne le croyons pas. Nous ne croyons pas que la réalité soit caractéristique de la garantie réelle. Ce qui la caractérise c'est

son contenu ; et celui-ci peut fort bien être juridiquement traduit sous la forme d'un droit d'obligation.

Ce qui fait croire au contraire c'est d'abord la spécialisation de la garantie réelle, par opposition à la garantie personnelle. Le créancier est mis ici en présence d'un certain bien déterminé. Il n'atteint pas l'ensemble du patrimoine à travers l'activité d'une personne qui s'est obligée, mais il a un droit direct sur la chose affectée en garantie. L'activité de son débiteur lui est indifférente, il recevra satisfaction directement sur la chose elle-même. On se trouverait donc dans un cas qui présenterait les caractéristiques de la réalité, à savoir : le pouvoir juridiquement direct de l'individu sur la chose. Celle-ci se serait détachée du patrimoine du débiteur et pour l'atteindre on ne devrait plus recourir comme dans le droit d'obligation, à l'activité de la personne obligée.

L'affirmation est, croyons-nous, parfaitement valable pour les choses corporelles données en garantie. Le créancier hypothécaire et le créancier gagiste d'une chose corporelle ont des droits réels sur les biens qui leur ont été affectés en garantie. Ils ont un pouvoir juridiquement direct sur ces biens, car ce pouvoir ne passe pas par l'entremise de leurs débiteurs.

Cependant, l'affirmation ne vaut plus dès qu'on se trouve en présence non pas d'une chose corporelle, mais d'une créance qui a été donnée en garantie. Le créancier gagiste d'une créance a certainement un pouvoir direct sur le droit de créance en tant qu'entité juridique. Il peut toucher ce droit de créance directement, sans l'entremise de l'activité de son débiteur. Et c'est dans ce détachement de la créance de l'ensemble du patrimoine du débiteur que gît justement la caractéristique de la garantie réelle, à savoir : la spécialisation du bien soumis à elle. Mais ce pouvoir direct ne lui confère pas pour cela un droit réel, car, comme nous l'avons dit plus haut, nous nous refusons à considérer le droit de créance comme une entité juridique susceptible de faire l'objet d'un droit réel au même titre

que les choses matérielles. Nous nous refusons d'admettre la validité du concept des « choses incorporelles » comme objets possibles des droits réels. Pour sa satisfaction le créancier gagiste n'aura qu'un pouvoir juridiquement indirect qui doit passer par l'activité du tiers débiteur, sujet passif de la créance engagée. Son droit qui reste donc un droit de garantie réelle, vu la spécialisation de la chose, son détachement de la personne et du patrimoine du débiteur, ne peut être qu'un droit de même nature que celui dont jouissait ce même débiteur contre le tiers débiteur, à savoir : un droit personnel. Seulement, le contenu de ce droit n'est pas celui des autres droits d'obligation que nous appellerions volontiers droits principaux, mais celui qui caractérise la garantie réelle : l'aliénation d'une partie de la valeur de la créance et l'indisponibilité de cette même valeur, matérialisée dans la signification au tiers débiteur.

Ce qui fait croire encore que la réalité est de l'essence de la garantie réelle, ce sont les conséquences qui découlent de l'indisponibilité qui frappe la partie de la valeur aliénée, et qui se rapprochent sensiblement des conséquences qu'engendrent les droits réels. Ainsi la chose grevée peut être poursuivie entre les mains d'un tiers auquel elle a été aliénée ; ceci fait croire nécessairement au droit de suite, prérogative du droit réel. Ainsi encore les créanciers munis d'un droit de garantie réelle priment-ils les autres créanciers chirographaires ou titulaires d'un droit de garantie réelle à rang postérieur ; ceci fait naturellement penser au droit de préférence du droit réel.

En réalité ces conséquences incontestables de la garantie réelle peuvent et doivent être expliquées autrement que par le recours à la notion du droit réel. Si la chose grevée d'un droit de garantie réelle a été aliénée entre les mains d'un tiers, elle peut être poursuivie par le créancier garanti en vertu de son droit à une partie de la valeur de cette chose qui lui a été aliénée sous condition. Le tiers détenteur n'a pu recevoir entre ses mains qu'une chose dont une partie de la valeur, aliénée sous condition, était frappée

d'indisponibilité, car le débiteur, titulaire initial de la chose, ne pouvait plus disposer librement de cette partie de sa valeur, ou du moins, il ne pouvait en disposer que sous la réserve de la condition imposée par le droit de garantie. Si cette condition vient à se réaliser, c'est-à-dire, si le créancier ne reçoit pas satisfaction à l'échéance de la créance garantie, il devient le titulaire pur et simple de la valeur aliénée à son profit et à ce titre il peut poursuivre son recouvrement entre les mains de tout détenteur de la chose.

Il en est de même pour l'autre conséquence : la préférence du créancier muni d'un droit de garantie réelle par rapport aux autres créanciers. Le débiteur qui confère à son créancier une hypothèque ou un droit de gage sur une chose, aliène une partie de sa valeur sous condition, au profit de ce créancier et la rend en même temps indisponible entre ses propres mains pour la durée du droit de garantie. Les créanciers postérieurs ne peuvent donc plus avoir des droits sur cette valeur sortie en quelque sorte du patrimoine de leur débiteur. Quant aux créanciers antérieurs, s'ils sont chirographaires, on sait qu'ils doivent subir toutes les fluctuations survenues dans le patrimoine de leur débiteur. Ils ne peuvent donc non plus prétendre exercer leur droit sur une valeur qui est sortie de ce patrimoine.

Il est vrai que dans certains cas ces conséquences de la garantie réelle peuvent être considérées comme découlant du droit réel. C'est le cas toutes les fois où cette garantie confère un droit réel, par suite de la nature de l'objet à elle soumis. L'hypothèque et le droit de gage sur une chose corporelle sont des droits réels. A ce titre ils sont munis, comme tous les droits de cette espèce, des deux prérogatives du droit réel : le droit de suite et le droit de préférence. Nous croyons cependant que ces conséquences, doublées dans les cas ci-dessus par les conséquences qu'engendre le droit réel, découlent nécessairement du concept que nous nous sommes fait du droit de garantie réelle. Elles caractérisent la garantie réelle par opposition à la garantie per-

sonnelle et découlent directement et nécessairement du contenu juridique de cette garantie.

La preuve, d'après nous décisive, qu'il ne faut pas mettre sur le compte de la réalité les conséquences engendrées par la garantie réelle, est fournie dans tous les cas où la garantie ne porte plus sur une chose corporelle. Prenons le cas du droit de gage d'une créance. Peut-on légitimement dire que le créancier gagiste peut poursuivre le cessionnaire postérieur de la créance en vertu de son droit de suite ? De même, peut-on prétendre que le créancier gagiste prime les autres créanciers de son débiteur sur la créance qui lui a été donnée en gage parce qu'il bénéficie d'un droit de préférence comme prérogative d'un droit réel ? Ce serait absurde. On ne peut pas valablement parler de droit de suite et de droit de préférence (comme prérogatives du droit réel) dès qu'il s'agit d'un droit de créance.

En réalité, le concept de la garantie réelle tel que nous l'avons exposé suffit pour expliquer ces conséquences. Ici encore une partie de la valeur de la créance mise en gage se trouve aliénée et frappée d'indisponibilité au profit du créancier gagiste. Cette valeur ne peut plus être valablement cédée à un cessionnaire ultérieur, de même que les autres créanciers du débiteur, titulaire de la créance engagée, ne peuvent prétendre exercer valablement leurs droits sur une valeur qui est sortie du patrimoine de leur débiteur.

En conclusion, nous croyons que *la réalité n'est pas de l'essence de la garantie réelle*. Nous croyons même que c'est à cause de cette confusion regrettable, précisément à cause de l'identification du droit de garantie réelle avec le droit réel, qu'on a tardé jusqu'ici de voir dans le gage d'une créance autre chose qu'un impossible droit réel.

Une fois les deux notions de garantie réelle et de droit réel séparées, on doit admettre que le contenu que nous avons assigné à cette espèce de garantie, peut valablement se concrétiser aussi bien dans un droit réel que dans un droit personnel, suivant la nature de l'objet grevé.

CHAPITRE IV

LE CONCEPT DE LA NATURE JURIDIQUE DU GAGE DES CRÉANCES

SOMMAIRE. — 36. Le concept de la nature juridique du gage des créances. — 37. La nature juridique du *droit* du créancier gagiste d'une créance (question d'essence juridique) : *droit personnel de second degré*. — 38. La *construction formelle* à l'aide de laquelle ce droit est octroyé au créancier gagiste (question de technique juridique) : la *cession à titre de garantie*. Ses formes et ses effets. — 39. La question de l'« *unité* » du droit de gage.

36. — Après avoir exposé tour à tour toute une série de questions préalables : la *réalité* et la *personnalité* des droits, le concept sur l'*objet possible du droit réel* (critique de la conception des « choses incorporelles » et de celle des « droits sur droits »), le *contenu juridique de la garantie réelle*, nous allons consacrer cette dernière partie de notre travail à l'analyse exclusive et approfondie du concept même de la nature juridique du droit de gage d'une créance tel que nous l'entendons et tel qu'il apparaît à la lumière de ce qui précède.

Nous traiterons de ce concept dans les trois sous-divisions suivantes :

I. La nature juridique du droit du créancier gagiste d'une créance : droit personnel de second degré. (Question d'essence juridique).

II. La construction formelle à l'aide de laquelle le droit personnel de second degré est octroyé au créancier gagiste :

la cession à titre de garantie. Ses formes et ses effets. (Question de technique juridique).

III. Question de l'« unité » du droit de gage.

37. — *Quelle est la nature juridique du droit accordé au créancier gagiste d'une créance ?* — Le droit de gage sur créance est, selon nous, un *droit personnel de second degré* (1). C'est-à-dire que c'est un droit qui s'exerce non pas sur une chose matérielle, mais à l'encontre d'une personne (la valeur aliénée ne peut être atteinte qu'à travers l'activité, la prestation de la personne obligée) ; il présente donc les caractères d'un droit d'obligation quant à sa *nature* et quant à sa *forme*. Mais il diffère du droit personnel principal par son *contenu*, qui est celui de tout droit de garantie réelle. Son contenu diffère « qualitativement » et « quantitativement » de celui d'un droit d'obligation principal. C'est un droit à contenu plus faible qui possède seulement certains des éléments du droit principal ; il remplit une fonction juridique spécifique et poursuit un but économique différent.

Reprenons les deux caractères essentiels de ce droit : droit personnel et droit de second degré.

1° C'est un droit personnel, avons-nous dit. Cela veut dire qu'il est de même nature que le droit du débiteur, titulaire de la créance, à l'encontre du tiers débiteur (2). Tous les deux s'exercent contre la personne du tiers débiteur. Tous deux tendent vers l'objet final de la créance qui ne peut être atteint que par l'intermédiaire de l'activité de

(1) Cf. QUINCARLET, *op. cit.*, p. 440 et s., qui emploie l'expression de droit de « second degré » pour un droit personnel.

(2) Cf. ROGUIN, *Sc. jur. pure*, III, p. 904 (en note) : « Le droit du créancier gagiste sur la créance à lui donnée en garantie, est de faire valoir ce droit contre le débiteur, et cette faculté du créancier garanti a la nature d'un *droit d'obligation*, puisqu'elle consiste dans l'exercice des droits du titulaire d'origine de l'obligation offerte en garantie ».

ce tiers débiteur. Le premier comme le second ne peuvent conférer que des pouvoirs *juridiquement médiate*s (ou indirects) qui caractérisent les droits d'obligation. La satisfaction qui leur est due à l'échéance de la créance garantie, ils la poursuivent par les moyens de la personnalité : la poursuite du débiteur ou la cession de la créance.

D'ailleurs, comment le débiteur, titulaire de la créance mise en gage, aurait-il pu transmettre à son créancier un droit réel, alors qu'il n'avait lui-même qu'un droit personnel ? Comment le créancier gagiste pourrait-il obtenir un pouvoir sur une chose qui s'exercerait contre la totalité des individus, un pouvoir immédiat et absolu, alors que son auteur, le débiteur, n'avait qu'un pouvoir contre la seule personne obligée à travers la prestation de laquelle il tendait à atteindre l'objet ultime de son droit, qu'il n'avait donc qu'un pouvoir relatif et médiate ?

Il est vrai, et Roguin (3) l'a très bien dit, que les droits réels ou absolus succèdent aux droits personnels ou relatifs. Un droit d'obligation qui a comme objet de la prestation une *certa res*, tend certainement à la transmission ou à la création d'un droit réel. Si le droit d'obligation est un droit principal ou de premier degré, c'est-à-dire, si c'est le créancier titulaire de la créance qui poursuit son débiteur, l'exercice du droit d'obligation aura pour résultat la transmission ou la constitution d'un droit réel principal : propriété, usufruit, servitude, etc. Si, par contre, ce droit d'obligation est un droit accessoire ou de second degré, si par exemple c'est le créancier gagiste d'une créance qui poursuit le tiers débiteur, l'exercice du droit d'obligation de second degré aura pour résultat la constitution au profit de ce créancier gagiste, d'un droit réel accessoire ou de second degré. C'est dans ce seul sens qu'un droit réel peut succéder à un droit personnel, mais il faut pour cela que le droit d'obligation soit entièrement consommé, qu'il soit

(3) *Op. cit.*, III, le chap. sur la « Succession des droits absolus aux droits relatifs ».

exercé : le droit réel naît à la place du droit d'obligation. Mais cependant, un droit réel ne peut succéder à un droit personnel par une simple transmission.

Par ailleurs, si le créancier au lieu de demander une simple garantie sur la créance, c'était fait céder cette créance par une cession entièrement consommée, il aurait certainement eu un droit personnel contre le débiteur cédé. Pourquoi alors, s'il reçoit la même créance en garantie, s'il ne reçoit donc qu'un droit à contenu plus faible, mais qui traduit une aliénation en puissance, aurait-il sur cette créance un droit réel ? De même, tout le monde admet que le créancier gagiste peut à l'échéance, au lieu de poursuivre le tiers débiteur, céder la créance engagée à un tiers quelconque. Le cessionnaire aura dans ce cas incontestablement un droit d'obligation. Or, il n'est pas possible de concevoir qu'il ait obtenu ce droit par transmission de la part de quelqu'un qui avait sur la même créance un droit structurellement aussi différent que l'est le droit réel.

Le débiteur, titulaire de la créance engagée, n'a pu accorder au créancier gagiste qu'un droit de même nature que celui qu'il possédait contre le tiers débiteur, donc un droit personnel ; de même que le créancier gagiste pour transmettre à un cessionnaire éventuel un droit d'obligation, devait nécessairement posséder lui-même un droit de cette nature.

2° En deuxième lieu nous avons dit que le droit du créancier gagiste d'une créance était un *droit de second degré* ou de garantie réelle. En effet, ce n'est pas un droit principal car le but de la convention de garantie passée par le débiteur, titulaire de la créance engagée, avec son créancier, était de lui accorder la possibilité d'une satisfaction subsidiaire au cas de non-paiement à l'échéance. Il ne s'agit donc pas d'un droit personnel plein et indépendant qui placerait son titulaire par rapport au tiers débiteur dans une situation identique à celle où se trouvait le créancier initial. Le créancier gagiste ne reçoit pas un droit de jouis-

sance immédiate qui lui permettrait d'user de toutes les prérogatives qui formaient le contenu du droit du premier créancier. Ainsi, il n'a certainement pas le droit de *céder* la créance engagée avant l'échéance de la dette garantie. Quant à la prérogative spécifique du gage d'une créance, à savoir : le *jus exigendi*, nous croyons que le créancier peut en user même avant l'échéance de la dette garantie si la créance engagée venait à échoir avant cette date. Cette solution nous paraît être conforme aussi bien à l'intention des parties qu'à l'essence même de l'institution qui est le but de garantie. Cependant, l'objet de la prestation, s'il est une *certa res*, ne lui restera qu'à titre de gage ; si par contre, l'objet en est une *somme d'argent*, nous croyons, pour des considérations pratiques seulement, qu'il peut la compenser jusqu'à concurrence du montant de sa propre créance. De même, pour ce qui est du recouvrement des intérêts de la créance engagée avant l'échéance de la dette garantie, si le créancier gagiste a d'après la loi positive le droit de toucher les intérêts de la créance mise en gage pour les imputer sur les intérêts qui lui sont dus, ce n'est que par un artifice de compensation que cette faculté lui est octroyée, et non pas en tant que prérogative nécessaire de son droit.

Il s'agit donc d'un droit de garantie réelle et cela est vrai à plusieurs points de vue.

D'abord c'est un droit de garantie, c'est-à-dire l'*accessoire* d'une obligation. Le sort de ce droit est intimement lié au droit principal qu'il renforce. Une fois celui-ci satisfait à l'échéance, le droit de garantie perd sa raison d'être. Par contre, il trouve sa pleine efficacité dans le cas contraire.

C'est ensuite un droit de garantie *réelle*, étant donné la spécialisation de la chose grevée. Nous avons dit précédemment ce que nous entendons par garantie réelle. Dans notre cas, une créance est détachée de l'ensemble du patrimoine du débiteur gagiste et affectée en garantie au créancier.

Enfin, c'est un droit de garantie réelle par son *contenu*. Ici encore on trouve les deux éléments de tout droit de cette espèce : *aliénation de la valeur* et *indisponibilité*.

Une partie de la valeur économique de la créance engagée, correspondant au montant de la créance garantie, est aliénée au profit du créancier gagiste. L'aliénation est faite sous condition suspensive : non-paiement à l'échéance. Si cette condition se réalise, le créancier devient titulaire pur et simple de cette partie de la valeur et peut poursuivre son recouvrement par les deux moyens en son pouvoir : poursuite du tiers débiteur ou cession de la créance. Il prime, en tant que titulaire d'une valeur sortie du patrimoine de son débiteur, tous ceux qui détiennent un droit d'un fait postérieur de celui-ci ou même antérieur, s'il s'agit des créanciers chirographaires.

En même temps, comme c'est le cas pour tout droit de garantie réelle, la partie de la valeur aliénée sous condition est frappée d'indisponibilité entre les mains du débiteur pour toute la durée du droit de garantie, c'est-à-dire, jusqu'à l'échéance de la créance principale. Cette indisponibilité est affectée d'une condition résolutoire qui est l'inverse de la condition suspensive : la satisfaction du créancier gagiste à l'échéance. Cette condition réalisée, l'indisponibilité disparaît rétroactivement et toutes les opérations juridiques faites sur la créance par le débiteur dans le laps de temps qui précédait l'échéance, sont par là même validées. Si, par contre, la condition ne se réalise pas, l'indisponibilité donne toute son efficacité à l'aliénation de la valeur qui devient elle aussi définitive.

L'indisponibilité ou la mainmise s'extériorise dans le cas du gage d'une créance par les formes spécifiques du droit d'obligation, à savoir : la *signification* au tiers débiteur ou l'*acceptation par acte authentique*. Ce sont là les formes mêmes de la cession d'un droit de créance.

Le droit de gage sur créance est donc un *droit personnel de second degré*. Il diffère « quantitativement » du droit personnel de premier degré. Parmi les facultés de ce der-

nier, le titulaire d'un droit de garantie n'en reçoit que quelques-unes : un droit de regard sur une partie de la valeur économique de la créance engagée, valeur dont la titularité lui sera entièrement transférée au cas de non-satisfaction à l'échéance ; en attendant, il en a la titularité sous condition. De même, il a le droit, comme nous venons de le voir, de poursuivre le tiers débiteur mais seulement dans les limites du droit de gage. De même encore, le droit du créancier gagiste n'embrasse pas nécessairement l'ensemble de la créance ; il est limité à une partie de la valeur économique de celle-ci.

Le créancier gagiste d'une créance a donc un droit à contenu plus faible que le cessionnaire.

Il y a, par conséquent, une différence sensible entre les deux espèces de droits personnels. Certes, la différence est moindre que celle qui existe entre les droits réels de premier degré et ceux de second degré. Ceci est dû au contenu du droit réel de premier degré qui peut embrasser toutes les utilités possibles d'une chose matérielle, tandis que le contenu du droit d'obligation est invariablement le même : un droit à une prestation à effectuer par le débiteur. Comme dans un grand nombre de cas cette prestation a comme objet une valeur économique liquide, il se fait que le droit d'obligation de premier degré poursuit dans tous ces cas un but très rapproché de celui du droit d'obligation de second degré.

38. — *Quelle est la construction formelle à l'aide de laquelle le droit personnel de second degré est octroyé au créancier gagiste d'une créance ?* — Jusqu'ici nous nous sommes occupé uniquement de la nature du droit appartenant au créancier gagiste d'une créance. C'était une question d'essence juridique. Il fallait en effet établir à laquelle des deux grandes classes ce droit appartenait par sa structure et par son contenu. Il s'agit maintenant, après avoir défini comme personnelle la nature de ce droit, de résoudre une question complémentaire, celle de la *construction for-*

melle à l'aide de laquelle le droit est octroyé. C'est une question de *technique juridique*.

Nous croyons qu'il faut poser ici comme principe, *l'équivalence des formes du transfert des droits et de celles de leur impignoration* (4).

En effet le gage, qu'il porte sur une chose corporelle ou sur une créance, inclut une aliénation sous condition, d'une partie de la valeur de la chose grevée. A la réalisation de la condition cette aliénation devient définitive. Le créancier gagiste se trouvera alors pour la valeur aliénée, dans la situation de tout bénéficiaire d'une aliénation pure et simple, sauf les restrictions qui découlent de l'interdiction du pacte commissaire. Cette aliénation ne peut donc être soumise qu'aux formes générales prévues pour les aliénations pleinement consommées : le transfert de la propriété d'une chose corporelle et la cession d'une créance.

Il y a un parfait parallélisme de formes entre le transfert d'une chose corporelle en pleine propriété ou celui d'un droit en pleine titularité et le transfert qui est fait à titre de gage. Ainsi le transfert de la propriété d'une chose corporelle qui est aujourd'hui une conséquence instantanée du contrat, se faisait jadis par la *tradition*. C'est encore la tra-

(4) Cf. AVRIL, *op. cit.* — PLANIOL et RIPERT, *Traité élémentaire*, II, N° 2406, p. 836 : « On peut établir comme règle générale que la remise du gage s'effectue par un procédé imité des modes de transfert de la propriété ; il s'agit de faire passer la chose ou le droit engagé en la possession du créancier ; on s'y prend comme si on voulait lui en transférer la propriété, il n'y a de différence que dans l'intention ; on veut engager et non aliéner la chose ou le droit. Cette règle n'est écrite nulle part dans nos lois en termes formels ; mais elle résulte des formes primitives du gage et de son développement historique ; elle est implicitement confirmée par les art. 2074 et 2075 qui l'appliquent l'un aux meubles corporels, l'autre aux créances ordinaires ». Et au N° 2408 : « Pour les créances aucune tradition matérielle n'est possible, ...La tradition est ici remplacée par l'emploi des formes établies pour le transfert des créances, par l'art. 1600 ». — De même l'art. 1274 du C. civ. allemand : « La constitution du gage sur un droit se fait conformément aux dispositions qui règlent le transfert de ce droit ».

dition qui a été gardée (dans un but de publicité et d'efficacité) pour la mise en gage d'une chose corporelle. De même, le transfert d'un droit de créance en pleine titularité se fait par les procédés de la *cession*. Il faut employer la même construction technique pour transférer la créance en garantie, car ce transfert opère aussi une aliénation d'une partie de la valeur de la créance (5).

Nous dirons donc que la construction formelle à l'aide de laquelle le droit personnel de second degré est octroyé au créancier gagiste d'une créance est la *cession* (6). On se trouve de toute évidence dans un système de règles de forme qui est commandé par la théorie des droits d'obligation.

Cette cession cependant n'est pas pure et simple ; elle ne fait pas du créancier gagiste un cessionnaire, pas plus que la tradition, dans le gage d'une chose corporelle, ne fait du créancier gagiste un propriétaire de cette chose.

La cession dont il est question ici est limitée aux seuls éléments qui forment le contenu du droit de garantie réelle : c'est une *cession à titre de garantie*, pour employer l'expression de Chironi (7).

Le gage d'une créance obéira donc, quant aux exigences de forme, aux règles de la cession ; il produira cependant les effets non pas d'une cession pure et simple, mais ceux d'un droit de garantie réelle.

Voyons maintenant quelles sont, d'une part, les exigences de forme de cette cession spéciale à titre de garantie et, d'autre part, les effets qu'elle produit.

(5) Cf. CHIRONI, *op. cit.*, I, p. 489 : « Perchè dal pegno deriva con l'alienazione del valore il potere sulla cosa a fin di trarne il valore alienato, parve non si potesse costituirlo su di un credito, con forma diversa da quella per cui si suole disporne ».

(6) Cette cession n'est qu'un *procédé technique*. Il est donc faux de dire que le gage d'une créance est une *cession* (conditionnée, limitée, cooptative, à titre de garantie) ou une *succession constitutive*, comme l'ont fait une grande partie des auteurs allemands. Le gage d'une créance est un droit personnel de second degré. La cession n'est que le *moyen juridique* à l'aide duquel ce droit est octroyé.

(7) *Op. cit.*, I, p. 80 et s. et 487-493.

Au point de vue de la *forme*, la cession à titre de garantie doit satisfaire aux conditions prévues pour une cession ordinaire. L'accord entre les parties ne suffit pas à lui seul pour que la cession en garantie produise des effets à l'égard des tiers. Il faut la signification au tiers débiteur ou, ce qui en est l'équivalent, l'*acceptation* de ce débiteur donnée *par acte authentique*.

Il est évident que ces formalités d'efficacité à l'égard des tiers, qui ne diffèrent guère de celles d'une cession ordinaire, opèrent non pas une cession pure et simple, mais la constitution d'un droit de gage. La différence en est dictée par l'intention qui a présidé à la conclusion de la convention entre les parties.

En dehors de ces formalités cependant, il n'y en a pas d'autres qui découlent avec nécessité de la nature de cette cession spéciale. Pas plus que la cession ordinaire, la cession à titre de garantie n'exige la remise du titre constatant la créance. La possession du titre ne constitue, ni dans un cas ni dans l'autre, la « possession » du droit de créance, ou plutôt, puisqu'il s'agit d'une « chose incorporelle », l'exercice de ce droit. Celui-ci se traduit par des actes juridiques à l'égard du débiteur et toute autre condition, juridiquement peu défendable, comme la tradition du titre, ne peut être qu'une mesure d'efficacité en plus, prise par la loi positive, mais ne découlant nullement de l'essence juridique de l'institution.

Quant aux *effets* qu'elle produit, la cession à titre de garantie obéit aux exigences de la nature juridique du gage de créance, droit personnel de second degré, dont le contenu s'analyse en une aliénation sous condition suspensive d'une partie de la valeur de la créance engagée, et en une indisponibilité sous condition résolutoire de cette même valeur entre les mains du débiteur ; son contenu est donc moins étendu que celui d'une cession ordinaire.

Pendant la *période intermédiaire* qui précède l'échéance de la créance garantie, le créancier gagiste se trouve dans une situation d'attente, mais à l'abri de toute

surprise, car la valeur qui lui a été aliénée est bloquée entre les mains de son débiteur. Celui-ci, qui reste titulaire de la créance engagée, peut à ce titre en disposer au profit des tiers : la céder entièrement ou l'engager à nouveau, compte tenu du droit du premier créancier gagiste. Les tiers qui ont acquis des droits sur la créance, postérieurement au droit du premier créancier gagiste, doivent attendre, pour connaître le sort de leurs droits, l'échéance de la condition qui suspend l'aliénation et de celle qui rend révocable l'indisponibilité. Ils n'ont donc que des droits précaires en fonction du droit du premier créancier gagiste.

Quant à celui-ci, il n'a en attendant l'échéance, qu'un droit limité par le but de l'institution, qui est la garantie. Les facultés de ce droit sont réduites à la faculté négative qui se traduit par l'indisponibilité qui frappe l'objet grevé pour la partie corrélative de sa valeur économique, à la faculté positive d'exiger la prestation du tiers débiteur à titre de créancier gagiste seulement, et à celle enfin, d'imputer les intérêts de la créance engagée sur ceux de sa propre créance.

A l'échéance de la créance garantie, si celle-ci est payée, le droit de garantie s'évanouit. La condition suspensive qui affectait l'un des deux éléments du droit ne s'étant pas réalisée, l'aliénation de la valeur n'a pas lieu ; l'indisponibilité disparaît à son tour rétroactivement par l'arrivée de la condition résolutoire. Les droits acquis par les tiers, du fait du débiteur, dans la période intérimaire, sont validés.

Si par contre le créancier gagiste n'est pas payé à l'échéance, le droit de garantie réelle reçoit toute son efficacité. L'aliénation de la partie de la valeur correspondante devient définitive et de même l'indisponibilité de cette même valeur par rapport aux tiers qui auraient acquis des droits sur la créance.

Le créancier gagiste devenu titulaire de la partie de la valeur qui lui a été aliénée peut poursuivre son recouvre-

ment. Il le fera par les moyens de la personnalité : la *poursuite* du tiers débiteur ou la *cession* du droit de créance.

Dans le premier cas (*la poursuite du tiers débiteur*), le créancier gagiste agira selon la nature de l'objet de la prestation à effectuer par le tiers débiteur.

S'il s'agit d'une *certa res*, celle-ci lui sera rendue à titre de gage seulement, car son droit ne porte que sur la valeur de cette chose et non pas sur la chose elle-même en tant qu'individualité organique. Cette fois-ci il aura sur la chose corporelle un droit réel de gage. C'est un cas de succession d'un droit réel à un droit personnel. Pour sa satisfaction, le créancier devra poursuivre le recouvrement de la valeur incluse qui lui est due, suivant les règles de réalisation prévues pour le gage d'une chose corporelle.

Si l'objet de la prestation du tiers débiteur est une *somme d'argent*, la valeur économique de la créance étant ainsi liquidée, le créancier gagiste prélèvera sur cette valeur la partie qui lui a été aliénée et qui correspond au montant de sa propre créance. Le reste appartenant au débiteur gagiste, devra lui être rendu.

Dans le cas où le créancier gagiste, au lieu de poursuivre directement le tiers débiteur, préfère *céder* la créance à un tiers, il gardera sur la somme ainsi obtenue la partie de la valeur qui lui a été aliénée et rendra le reste au débiteur gagiste.

On voit bien, d'après ce qui précède, que la *cession à titre de garantie* obéit aussi bien aux règles de la cession qu'à celles qui découlent de la nature du droit de garantie réelle. Les unes concernent la forme, les autres le contenu de cette cession ; ensemble, elles concourent à donner une physionomie éminemment spécifique à l'institution du gage d'une créance : droit personnel de second degré.

39. — *La question de l'« unité » du droit de gage.* — De tous temps, les auteurs qui ont analysé la figure juridique du gage ont été préoccupés par l'idée d'une « *unité* »

à donner à cette institution, nonobstant la diversité des choses susceptibles d'être grevées d'un droit de gage.

Les uns, qui sont de loin les plus nombreux, ont cru pouvoir trouver cette unité dans la notion de *réalité* assignée au concept du droit de gage, qu'il porte sur une chose corporelle ou sur un droit de créance. Le droit de gage serait un droit réel dans tous les cas. On y assimile complètement le gage d'une chose corporelle à celui d'un droit de créance. Le même statut juridique est assigné à l'un comme à l'autre ; les différences pratiques qu'on s'accorde encore à reconnaître sont acceptées plutôt à contre-cœur ; en réalité, elles sont imposées par une nature juridique réfractaire à cette assimilation. Nous avons essayé de prouver le manque de fondement juridique de cette conception.

D'autres auteurs ont cru pouvoir trouver l'unité de l'institution, non pas dans la notion de la réalité qu'ils réservent au seul gage d'une chose corporelle, mais dans le *but économique* de l'institution qui reste le même sous des apparences formelles différentes. La notion de but économique est très vague et à ce titre l'unité dépasserait le cadre du gage pour embrasser l'ensemble des droits de garantie, réelle ou personnelle.

Pour d'autres enfin, il n'y aurait pas d'unité ; la figure juridique du gage, droit réel, serait réservée aux seules choses corporelles, et ce qu'on appelle couramment gage d'un droit de créance correspondrait en réalité à une autre figure juridique éminemment distincte. Cette figure serait la *cession*, ajustée de façon à faire face aux exigences du but de garantie. On oppose dans cette conception l'institution du gage à celle de la cession. En réalité, ces deux notions ont un sens et une fonction juridiquement distincts ; l'un traduit l'essence juridique d'un droit, l'autre un procédé formel ; l'un est le *contenu* d'un droit, l'autre le *contenant* d'un droit. On ne peut donc pas les opposer.

Faut-il conclure, d'après ce qui précède, qu'il n'y aurait pas d'*unité* entre les deux espèces de gage, différenciées selon la nature de l'objet grevé ? Oui, si on veut trou-

ver l'unité dans le concept du gage tel qu'il a été traditionnellement conservé pour les choses corporelles. Non, si on ne voit dans le gage d'une chose corporelle qu'un cas d'application isolé d'une notion supérieure : celle de la *garantie réelle*.

En effet, nous croyons que c'est autour de cette notion centrale qu'on doit établir l'unité de tous les droits de garantie réelle, droits qui ont tous le même contenu juridique et qui ne sont que des cas d'application de cette institution, différenciés cependant suivant la nature des objets grevés.

Cette conception est, à notre sens, historiquement exacte et juridiquement bonne.

Le droit romain, nous l'avons vu, avait un statut particulier pour chaque espèce de droit de garantie réelle, suivant la nature de l'objet grevé. Ainsi le *pignus* était réservé aux seuls meubles corporels. Pour les immeubles on a adopté plus tard une forme d'engagement spécialement conçue à cet effet : l'*hypothèque*. Et quand on est arrivé à admettre la possibilité d'engager les créances, on a étendu à cette espèce d'objets l'hypothèque, en l'ajustant de façon à correspondre à la nature de la chose grevée : c'était le *pignus nominis*, qui avait une nature particulière, distincte de celle du gage d'une chose corporelle.

Les Romains n'ont certes pas établi une théorie d'ensemble de la garantie réelle, mais la notion existait en fait puisque tous ces droits de garantie, différenciés dans leur construction formelle à cause de la nature spéciale de l'objet assujetti, avaient pour contenu des éléments communs qui n'étaient autres que ceux qui forment le contenu de cette notion générale de garantie réelle.

La conception de l'unité réalisée autour de cette notion de garantie réelle est juridiquement aussi défendable qu'elle l'est au point de vue historique. Nous l'avons vu lors de l'analyse du contenu de la garantie réelle. Les éléments qui entrent dans la composition de cette notion générale, à savoir : le caractère *accessoire* du droit, la *spécialisation* de l'objet grevé, ainsi que ceux qui forment son

contenu, *l'aliénation de la valeur* et *l'indisponibilité*, sont communs à toute espèce de droit de garantie réelle, notwithstanding la forme qu'il prend suivant la nature spéciale de l'objet grevé.

Qu'il s'agisse donc de *l'hypothèque*, du *gage d'une chose corporelle* ou enfin du *gage d'une créance*, ce sont tous des droits de second degré exprimés formellement, les premiers sur le plan de la réalité, le dernier sur le plan de la personnalité.

La notion générique de garantie réelle avec ses caractères spécifiques, son contenu juridique et sa fonction économique, obéira donc pour les choses corporelles aux règles dictées par la théorie des droits réels, pour les droits de créance à celles formulées par la théorie des droits d'obligation.

CONCLUSION

40. — Il résulte de l'étude de la nature juridique du gage des créances, que cette institution participe aussi bien de la nature des droits d'obligation que de celle des droits de garantie réelle. L'une caractérise la substance générique de l'institution, l'autre l'espèce fonctionnellement différenciée.

Le gage des créances, droit personnel de second degré ou de garantie réelle, doit donc produire sur le terrain des conséquences pratiques des effets qui sont dans le genre, ceux des droits d'obligation et dans l'espèce, ceux des droits de garantie réelle.

Il est, croyons-nous, utile de préciser, comme conclusion à cette étude de droit pur, les quelques conséquences pratiques qui sont imposées par la nature personnelle du gage des créances, conséquences qui diffèrent foncièrement de celles qui sont aujourd'hui consacrées par la loi positive et par la jurisprudence sur la base du concept de la réalité du droit de gage.

Ces conséquences se rapportent aux créances qui sont susceptibles d'être données en gage, aux éléments constitutifs de l'institution, aux droits respectifs du créancier gagiste et de son débiteur pendant la durée du gage et enfin aux pouvoirs du créancier gagiste lors de la réalisation du gage (1).

(1) A peu de chose près, nos conclusions sont les mêmes que celles qui ont été adoptées dans le projet de loi définitif, élaboré par la *Société d'Etudes Législatives*, après discussion à l'assemblée générale (voir : *Bulletin de la Soc. d'Et. Législ.*, 1938, p. 233 et s. et 1939, p. 81 et s.).

I. — Quelles sont les créances qui peuvent être valablement données en gage ? Il suffit, à notre avis, pour qu'une créance puisse faire l'objet d'un droit de gage, qu'elle soit cessible (2). En effet, la garantie réelle, renfermant une aliénation conditionnée de la valeur, il faut que la « chose » qui est donnée en garantie soit susceptible d'être aliénée. Or, le droit de créance s'aliène à l'aide de la cession ; la mise en gage de ce droit doit, par conséquent, satisfaire pour son efficacité aux mêmes exigences de la cession. Les mesures restrictives qui pèsent sur les créances au point de vue de leur transmissibilité, doivent donc être appliquées pour les mêmes raisons à leur mise en gage.

Il n'y a pas d'autres conditions imposées par la nature du gage des créances. Ainsi les créances à terme ou conditionnelles et même les créances simplement éventuelles peuvent-elles, à notre avis, être données en gage. C'est le créancier et lui seul qui doit juger de l'efficacité d'une telle garantie. Si l'on s'oppose aujourd'hui à la mise en gage des créances éventuelles, c'est parce qu'elles ne peuvent satisfaire à l'exigence toujours impérieuse de la remise du titre. Une fois cette exigence abolie, rien ne s'opposerait plus à la mise en gage des créances éventuelles.

II. — Quels sont les éléments constitutifs du gage des créances ? Nous croyons que les seules conditions qui doivent être maintenues au point de vue de l'existence et de l'efficacité du gage des créances sont, d'une part, l'accord des parties constaté par écrit et d'autre part, la signification

(2) Dans l'état actuel de la conception sur la nature du gage des créances, la jurisprudence exige d'autres conditions encore pour qu'une créance soit susceptible d'être donnée en gage. Ainsi il est indispensable que la créance soit constatée par titre et par conséquent, qu'elle ait une existence actuelle.

Le projet de la *Soc. d'Et. Législ.* établit par contre, à ce point de vue, une parfaite corrélation entre les exigences de la cession et les conditions de l'impignoration d'un droit de créance.

de la constitution du gage au tiers débiteur, ou le procédé équivalent de l'acceptation par acte authentique.

La signification qui joue dans le gage des créances le même rôle que dans la cession, devrait cependant, dans l'un comme dans l'autre de ces deux cas, être renforcée par l'obligation mise à la charge du tiers débiteur, sous peine de dommages-intérêts, de faire connaître, le cas échéant, si la créance dont il s'agit a été ou non l'objet d'une cession, d'une mise en gage ou d'une opposition (3).

Par contre, nous ne croyons pas que l'exigence de la remise du titre doive être maintenue. Cette exigence n'a pas de fondement dans la nature du droit et les avantages qu'elle présente sur le terrain pratique sont largement dépassés par les nombreux inconvénients dont elle est la cause. Ainsi il est impossible, en maintenant cette exigence dans sa forme actuelle, de donner en gage les créances non constatées par titre ; de même elle ne permet pas — ou du moins elle ne permet pas sans difficultés pratiques — la constitution de plusieurs droits de gage successifs sur la même créance ; de même encore, elle s'oppose à la mise en gage des créances simplement éventuelles.

Si toutefois il sera jugé bon de maintenir l'exigence de la remise du titre pour des raisons de publicité et d'efficacité à l'égard des tiers, elle devra être ajustée de façon à ne plus constituer une entrave dans tous les cas où elle est matériellement irréalisable (4). Ainsi notamment, dans le cas de plusieurs constitutions successives de gage sur la même créance, la remise du titre entre les mains d'un tiers

(3) C'est la solution à laquelle aboutit le projet de la *Soc. d'Et. Législ.*

(4) La remise du titre est aujourd'hui impérieusement exigée par la jurisprudence qui interprète littéralement les dispositions de l'art. 2076 du C. civ., lequel ne fait aucune distinction entre les différentes espèces de gages.

Le projet de la *Soc. d'Et. Législ.* tout en maintenant cette exigence pour des considérations pratiques, la limite toutefois aux seuls cas où elle est matériellement réalisable.

convenu et les significations successives au tiers débiteur devront être considérées comme des mesures de publicité suffisantes pour la sauvegarde des droits de tous les intéressés.

III. — Quels sont les droits respectifs du créancier gagiste et de son débiteur pendant la période qui précède l'échéance de la dette garantie ? Le créancier gagiste, titulaire d'un droit personnel de second degré, a, croyons-nous, le droit de poursuivre le recouvrement de la créance engagée, au cas où elle viendrait à échoir pendant cette période (5), car il n'aura sur l'objet corporel de la prestation qu'un simple droit de gage. Si l'objet de cette prestation est, par contre, une somme d'argent, il faut faire jouer ici pour des raisons pratiques, la compensation et attribuer cette somme au créancier jusqu'à concurrence du montant de la créance garantie. Le surplus doit être payé au débiteur. Cette solution est conforme aussi bien à l'essence de l'institution qu'à l'intention des parties lors de la conclusion du gage.

De même, le créancier gagiste a pendant cette période le droit de toucher les intérêts de la créance engagée, qu'il doit imputer sur les intérêts de sa propre créance ou sur le capital (6).

Quant au débiteur qui reste titulaire de la créance engagée, il garde, croyons-nous, pendant cette période, la faculté de constituer de nouveaux droits de gage sur la créance et même celle de la céder, compte tenu évidemment des droits

(5) Ce droit ne lui est pas accordé aujourd'hui et la solution adoptée exige l'intervention des deux intéressés pour le recouvrement de la créance et la consignation de la somme payée jusqu'à l'échéance de la dette garantie.

Le projet de la *Soc. d'Et. Législ.* se prononce, par contre, en faveur de l'octroi de cette faculté au créancier gagiste, jusqu'à concurrence du montant de sa propre créance.

(6) C'est la solution de l'art. 2081 du C. civ. qui a été maintenue telle quelle par le projet de la *Soc. d'Et. Législ.*

du premier créancier gagiste. Le sort des droits ultérieurement constitués dépendra de celui des droits antérieurement constitués. C'est seulement après l'échéance des droits antérieurs que les créanciers postérieurs sauront dans quelle mesure leurs droits peuvent être satisfaits.

IV. — Quels sont les pouvoirs du créancier gagiste lors de la réalisation du gage, c'est-à-dire à l'échéance de la créance garantie ? Si à ce moment la créance garantie n'est pas payée, le créancier gagiste peut poursuivre la réalisation de son droit de gage par deux moyens : la poursuite directe du tiers débiteur (7), ou la cession du droit de créance à un tiers pour se payer sur le prix réalisé.

La poursuite du tiers débiteur est le moyen spécifique du gage des créances, il découle de la nature même de l'institution. A l'arrivée de la condition suspensive, le créancier gagiste devient en effet titulaire de la partie de la valeur aliénée sous condition, et comme tel il peut poursuivre le recouvrement de cette valeur entre les mains du tiers débiteur. L'opération ne peut léser personne car elle est faite sur la base de la valeur nominale de la créance engagée. Ici encore il faut tenir compte de l'objet de la prestation du tiers débiteur et attribuer tantôt au créancier gagiste la somme d'argent recouverte pour une partie correspondant au montant de la créance garantie, tantôt, par contre, lui accorder un simple droit de gage sur l'objet corporel de la prestation que le créancier devra réaliser suivant les règles prescrites pour la réalisation du gage des choses corporelles.

(7) Cette solution n'est pas admise aujourd'hui. Le gage des créances est soumis, comme le gage des choses corporelles, aux défenses et restrictions qui découlent de l'interdiction du pacte commissoire.

Le projet de la *Soc. d'Et. Législ.* attribue, par contre, la créance engagée au créancier gagiste jusqu'à concurrence du montant de sa propre créance et ceci sur la base de la valeur nominale de la créance engagée.

Il n'y a donc pas lieu d'appliquer au gage des créances, dans tous les cas où l'objet de la prestation du tiers débiteur est une somme d'argent, les restrictions et interdictions qui pèsent sur le gage des choses corporelles.

La nature spécifique du gage des créances — droit personnel de second degré — impose donc une somme de règles particulières qui toutes concourent à donner à l'institution un statut juridique spécifique, foncièrement différent de celui du gage des choses corporelles.

Vu : *Le Doyen,*
G. RIPERT.

Vu : *Le Président,*
R. CASSIN.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
G. ROUSSY.

BIBLIOGRAPHIE

- AUBRY et RAU. — *Cours de Droit civil français*, 5^e édit., 12 vol., Paris, 1897-1922.
- AVRIL (P. E.). — *Principes et caractères juridiques de la constitution de gage sur les meubles incorporels. Etude de droit français*, Thèse, Grenoble, 1898.
- BAUDRY-LACANTINERIE. — *Précis de Droit civil*, 12^e édit., T. I et II, Paris, 1922.
- BEKKER. — *System des heutigen Pandektenrechts*, 2 vol., Weimar, 1886-89.
— *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, XV, p. 533-543.
- BOLLA. — *La costituzione del pegno sui crediti nel Codice civile svizzero*, dissertazione, Lausanne, 1921.
- BONELLI. — *La tradizione del titolo nel pegno dei crediti*, dans : *Foro italiano*, 1893, I, p. 904 et s.
- BONNECASE. — *Précis de Droit civil*, 1^{re} édit., 3 vol., Paris, 1934-35.
- BOULANGER. — *Rapport sur la mise en gage des créances à personne dénommée*, dans le *Bulletin de la Société d'Etudes Législatives*, 1937, N° 4, p. 333 et s.
- BREMER. — *Das Pfandrecht und die Pfandobjekte*, Jena, 1867.
- BRINZ. — *Lehrbuch der Pandekten*, 7 vol., Erlangen, 1873-1892.
- BÜCHEL. — *Civilrechtliche Erörterungen* (« Ueber die Natur des Pfandrechts »), 1^{re} et 2^e édit., Marburg, 1833-1847.
- CAPITANT. — *Introduction à l'étude du Droit civil*, 4^e édit., 1923.
- CERBAN. — *Etude critique sur les conditions de constitution en gage des choses incorporelles*, Thèse, Paris, 1897.
- CHIRONI. — *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, 2 vol., Torino, 1894-1901, 2^e édit., 1918.
- CLAPS. — *Studi e considerazioni sulla natura giuridica del pegno de' crediti*, dans : *Archivio Giuridico*, Filippo Serafini (nuova serie), VII, p. 401-446 et VIII, p. 93-155, 1901.

- COLLINET. — *Les obligations en Droit romain*, Cours Paris, 1936-37.
- COLMET DE SANTERRE. — *Cours analytique du Code civil* de Demante, complété et annoté à partir du T. IV, 1858-1884.
- COVIELLO. — *Manuale di diritto civile italiano*, Roma-Milano, 1910.
- CUQ. — *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, Paris, 1928.
- DELEPLANQUE. — *Du pignus nominis. Hypothèque des créances*. Thèse, Lille, 1890.
- DELVAS. — *Du pignus nominis. Thèse de Droit romain. Du gage des choses incorporelles en matière civile et commerciale*. Thèse de Droit français, Paris, 1892.
- DEMELIUS. — *Das Pfandrecht an beweglichen Sachen nach österreichischem bürgerlichem Recht*, Wien u. Leipzig, 1897.
- DEMOGUE. — *Les notions fondamentales de Droit privé*, Paris, 1911.
- DERNBURG. — *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts*, 2 vol., Leipzig, 1860-1864.
- DERNBURG u. SOKOLOWSKI. — *System des römischen Rechts* (8^e édit. des Pandekten), 2 vol., Berlin, 1910-1912.
- EXNER. — *Kritik des Pfandrechtsbegriffes nach römischen Recht*, Leipzig, 1873.
- FADDA e BENSÀ. — *Diritto delle Pandette de Windscheid*, traduction et notes, 1^{re} édit. 1902, 2^e édit. Torino, 1926.
- FERRARA. — *Usufrutto dei crediti nel diritto civile italiano*, dans : *Rivista it. di scienze giur.*, XXXVIII, 1904.
- GAUDEMET. — *Etude sur le transport de dettes à titre particulier*. Thèse, Dijon, 1898.
- GAUPP. — *De pignore nominis*, Berolinae, 1820.
- GAZIN. — *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, Thèse, Dijon, 1911.
- GESTERDING. — *Die Lehre vom Pfandrecht nach Grundsätzen des römischen Rechts*, 2^e édit, Greifswald, 1831.
- GIDE (P.). — *Etudes sur la novation et le transport des créances en Droit romain*, Paris, 1879.
- GIFFARD. — *Précis de Droit romain*, T. II, 1^{re} édit., 1934.
- GIRARD. — *Manuel élémentaire de Droit romain*, 8^e édit., Paris 1929.
- GORLA. — *Le garanzie reali delle obbligazioni*, Milano, 1935.

- GUGINO. — *Del concetto del diritto di pegno secondo il diritto romano*, Palermo, 1873.
- GUIONIN. — *De la mise en gage des créances et spécialement de l'avance sur titre*, Thèse, Paris, 1907.
- HANAUSEK. — *Die Lehre vom uneigentlichen Niessbrauch*, Erlangen, 1879.
- HELLWIG. — *Die Verpfändung und Pfändung von Forderungen*, Leipzig, 1883.
- HORBER. — *Das Forderungspfandrecht*, Inaug. Diss., Zürich, 1905.
- HUSCHE. — *Lindes Zeitschrift*, XX, p. 221 et s.
- HUVELIN. — *Droit romain*, 2 vol., Paris, 1929.
- JALLU. — *De l'idée de la continuation de la personne comme principe des transmissions universelles*, Thèse, Paris, 1902.
- JOURDAN (A.). — *De l'hypothèque. Etude de Droit romain*, Paris, 1876.
- KOLLATH. — *Die rechtliche Natur des Forderungspfandrecht*, Marburg, 1919.
- MICHAS. — *Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle*, Thèse, Paris, 1900.
- MONIER. — *Manuel élémentaire de Droit romain*, 2 vol., 1^{re} édit., Paris 1935-36.
- MONTEL. — *Sulla natura giuridica del pegno e dell'ipoteca*, dans : *Foro italiano*, IV, 1937.
- MÜHLENBRUCH. — *Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte nach Grundsätzen des römischen Rechts*, 1^{re} édit., 1812, 3^e édit., Greifswald, 1836.
- ORTOLAN. — *Généralisation du Droit romain*, 11^e édit., 3 vol., Paris, 1880.
- PAPA. — *Sul pegno dei crediti*, dans : *Filangeri*, 1911, p. 499-517.
- PLANIOI et RIPERT. — *Traité élémentaire de Droit civil*, 3 vol., 11^e édit., 1928-32.
- PLANIOI, RIPERT et BECQUÉ. — *Traité pratique de Droit civil français*, XII, *Sûretés réelles*, Paris, 1927.
- PLANIOI, RIPERT et PICARD. — III, *Les biens*, Paris, 1926.
- POTHIER. — *Œuvres complètes*, 26 vol., édit. Berville, Paris, 1821-1824 : *Du nantissement* (IX) ; *De l'hypothèque* (XX).
- PRODAN. — *Essai d'une théorie générale des droits réels*, Thèse, Paris, 1909.

- PUCHTA. — *Institutionen*, 8^e édit., 2 vol., Leipzig, 1875.
— *Pandekten*, Leipzig, 1877.
- QUERU. — *Synthèse du droit réel et du droit personnel*, Thèse, Caen, 1905.
- QUINCARLET. — *La notion de gage en Droit privé français*, Thèse, Bordeaux, 1937.
- RIGAUD. — *Le droit réel. Histoire et théories. Son origine institutionnelle*, Thèse, Toulouse, 1912.
- ROGIER (Suzanne). — *De la mise en gage des créances en Droit français*, Thèse, Paris, 1929.
- ROGUIN. — *La règle de droit*, Lausanne, 1889.
— *La Science juridique pure*, 3 vol., Paris et Lausanne, 1923.
- ROMANO (Salvatore). — *Natura giuridica del pegno di crediti*, Milano, 1928.
- SINFENIS. — *Pfandrechliche Streitfragen*, Zerbst u. Leipzig, 1835.
— *Handbuch des gemeinen Pfandrechts*, Halle, 1836.
- SOHM. — *Die Lehre vom subpignus*, Rostock, 1864.
- STAMMLER. — *Der Niessbrauch an Forderungen*, Erlangen, 1880.
- STAUGINGER. — *Kommentar zum bürgerlichem Gesetzbuch*, 9^e édit., 11 vol., München, 1925-31, T. III, « Sachenrecht », 2 vol., 1926.
- THAL. — *Der Rechtsbegriff des Pfandrechts an Forderungen nach römischem gemeinem und deutschem Recht*, Inaug. Dissert., Breslau, 1905.
— *Die Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit beim Pfandrecht*, Breslau, 1905.
- TROTSCHKE. — *Das Verpfändungsrecht des Pfandgläubigers*. Quedlinburg, 1834.
- TUHR (Andreas von). — *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, 3 vol., München u. Leipzig, 1914.
— *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts*, 2 vol., Tübingen, 1924-25.
- VANGEROW. — *Lehrbuch der Pandekten*, 7^e édit., Marburg u. Leipzig, 1863-69.
- WIELAND. — *Les droits réels dans le Code civil suisse*, traduction de Bovay, 2 vol., Paris, 1913-14.
- WINDSCHEID. — *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 1^{re} édit., 4 vol., Düsseldorf, 1870-74 ; 9^e édit., revue par Th. Kipp, 3 vol., Frankfurt a. Main, 1906.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

1. Importance de l'étude de la <i>nature juridique</i> du gage des créances. — 2. Plan.....	5
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE. — <i>Nature juridique du pignus nominis.</i>	
3. Le <i>pignus nominis</i> , hypothèque des créances. — 4. Ses particularités et sa nature juridique.....	9

PREMIÈRE PARTIE

LES DIFFÉRENTES CONCEPTIONS DANS LA DOCTRINE

CHAPITRE PREMIER. — *Théories de la réalité.*

I. — 6. <i>Conception courante</i> : le gage — droit réel — porte, suivant son objet, tantôt sur une chose corporelle, tantôt sur une « chose incorporelle ». Son fondement dans l'histoire, le droit positif et le droit pur. — 7. Les caractères d'immédiateté et d'absoluité du droit réel de gage. Le droit de suite et le droit de préférence. — 8. Conséquences pratiques : nécessité de la mise en possession et réalisation par le seul moyen de la vente (refus du <i>jus exigendi</i>) dans le cas du gage d'une créance. — II. — 9. <i>Variantes</i> : — 10. L'objet du droit réel de gage est toujours un droit. Théorie de Bremer. — 11. L'objet du droit réel de gage est toujours une chose corporelle. Théorie d'Exner.....	21
--	----

CHAPITRE II. — *Théories intermédiaires.*

12. Les différentes théories intermédiaires. — 13. <i>L'obligatio rei</i> . Théorie de Büchel. — 14. Le gage conçu comme <i>rapport de sûreté</i> de nature particulière. Théorie de Demelius. — 15. Le gage conçu comme <i>droit à la valeur patrimoniale</i> de la chose grevée. Unité quant à son contenu et variation quant à sa forme. Théorie de Sohm.....	42
--	----

CHAPITRE III. — *Théories de la personnalité.*

16. Les différentes théories de la personnalité : le gage d'une créance conçu comme <i>rapport de nature obligatoire</i> . — 17. Théorie de la <i>cession conditionnée</i> - Mühlenbruch. — 18. Théorie de la <i>cession cooptative</i> - Hellwig. — 19. Théorie de la <i>cession limitée</i> - Dernburg. — 20. Théorie de la <i>succession constitutive</i> - Bekker et von Tuhr. — 21. Observations finales sur les théories de la personnalité.....	59
--	----

CONCEPTION RATIONNELLE PROPOSÉE

CHAPITRE PREMIER. — *La réalité et la personnalité des droits.*

23. Les différentes théories sur la nature juridique du droit réel et du droit de créance. — 24. *Conception dualiste* (théorie classique) : opposition irréductible entre les deux catégories fondamentales de droits. Leurs caractères respectifs. — 25. *Conceptions monistes* : il n'y a pas d'opposition structurelle entre le droit réel et le droit de créance. — Théories de la *réalité* des droits patrimoniaux. — 26. Théories de la *personnalité* des droits patrimoniaux. — 27. *Conception de Planiol*. — 28 et 29. *Conception de Demogue*. — 30. *Conception intermédiaire* de Roguin : le droit réel — qui renferme une obligation passive universelle — est structurellement différent du droit de créance. — 31. Observations finales sur les différentes conceptions. Caractères distinctifs du droit réel et du droit de créance dans la conception adoptée 83

CHAPITRE II. — *La notion des choses incorporelles et celle des droits sur droits.*

32. La « chose incorporelle » comme objet possible de droit. Théorie des « droits sur droits ». — 33. Critique de ces notions : l'objet du droit réel est toujours une chose corporelle. 121

CHAPITRE III. — *Le contenu juridique de la garantie réelle.*

34. Le contenu juridique de la garantie réelle : *aliénation d'une partie de la valeur économique* de la chose grevée sous condition suspensive et *indisponibilité* de cette même valeur sous condition résolutoire. — 35. La notion de la réalité n'est pas de l'essence de la garantie réelle. Cette garantie est caractérisée par son *contenu* qui peut s'exprimer aussi bien à l'aide d'un droit réel que d'un droit personnel..... 138

CHAPITRE IV. — *Le concept de la nature juridique du gage des créances.*

36. Le concept de la nature juridique du gage des créances. — 37. La nature juridique du *droit* du créancier gagiste d'une créance (question d'essence juridique) : *droit personnel de second degré*. — 38. La *construction formelle* à l'aide de laquelle ce droit est octroyé au créancier gagiste (question de technique juridique) : la *cession à titre de garantie*. Ses formes et ses effets. — 39. La question de l'« *unité* » du droit de gage..... 149

CONCLUSION

40. *Conséquences pratiques* qui découlent de la nature personnelle du gage des créances..... 165

- BIBLIOGRAPHIE 171

